INFORME ANUAL 2012

SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE



Informe Anual 2012
Situación de los Derechos Humanos en Chile

Consejo Instituto Nacional de Derechos Humanos
Miguel Luis Amunátegui Monckeberg
Carolina Carrera Ferrer
Jorge Contesse Singh
Sergio Fuenzalida Bascuñán
Roberto Garretón Merino
Claudio González Urbina
Luis Hermosilla Osorio
Enrique Núñez Aranda
Manuel Núñez Poblete
María Luisa Sepúlveda Edwards

Lorena Fries Monleón
Directora Instituto Nacional de Derechos Humanos

Equipo de redacción INDH
Unidad de Estudios
Silvana Lauzán Daskal
Federico Aguirre Madrid
Juan Pablo González Jansana
Dhayana Guzmán Gutiérrez
Gloria Maira Vargas

Unidad de Educación
Enrique Azúa Herrera
María de los Ángeles Villaseca Rebolledo

Viviana Cáceres Draper

Colaboración INDH
Elvira Oyanguren Muñoz
Catalina Navarro Politzer
Paula Salvo del Canto

Diseño
Winnie Dobbs

Fotografía
Enrique Cerda
Mauricio Durán
Fernando Espina
Miguel González
Kena Lorenzini
Tai Lin Muñoz
Catalina Navarro
Leonardo Urrutia

Impresión
Andros Impresores

ISBN: 978-956-9025-13-6
Registro de Propiedad Intelectual N° 223521

Í N D I C E

INTRODUCCIÓN AL INFORME ANUAL 2012

Este año 2012, el mundo ha sido testigo de la fragilidad del escenario económico mundial y de cómo esta situación ha expuesto a miles de personas a condiciones extremas de vulnerabilidad e indefensión y ha llevado a la afectación a sus derechos fundamentales. A pesar de que los impactos no han llegado con fuerza a la región y a Chile, al menos hasta el momento, toda crisis de esta magnitud resulta un momento propicio para recordar la importancia de construir democracias con frenos y contrapesos al ejercicio del poder tanto público como privado, y con un activo control y participación por parte de la comunidad. En democracia, los actores económicos deben integrarse armónicamente a la sociedad que se intenta construir, contribuyendo a su desarrollo con responsabilidad y límites claros en su actuar.

El desarrollo de una democracia inclusiva en Chile, con un Estado de derecho y división de poderes, pero también con el protagonismo de la soberanía popular en la construcción de lo común, requiere de un Estado fuerte y de gobiernos con capacidad de interactuar con la ciudadanía de formas inéditas hasta el momento. En este ámbito convergen, por un lado, las evidencias de los problemas ante la ausencia manifiesta del Estado (ya sea por la carencia de regulación, de control o de desarrollo de medidas concretas) y, por otro lado, las demandas por la ampliación de los derechos en donde la participación y el reclamo por mayores niveles de igualdad tienen un rol preponderante.

No existe un único modelo de democracia y cada cual va adquiriendo sus propios rasgos en virtud de los contextos históricos en que se desarrolla. Sin embargo, lo que una buena parte de la sociedad chilena parece reclamar es más soberanía popular con el fin de poder, a través de la participación y otros derechos fundamentales, conducir su propio destino. Esto no implica necesariamente un rechazo a la institucionalidad formal, pero sí un cuestionamiento a la medida en que esta institucionalidad ha logrado, en el tiempo, incorporar las voces y necesidades de quienes no se sienten representados en ella.

En el país han tenido lugar este año hechos que permiten reflexionar en torno a la profundización de la democracia y la ampliación de la ciudadanía, en los cuales los derechos humanos fueron un componente esencial. Si comenzamos por el final, los resultados de las elecciones municipales han constatado hasta qué punto la insatisfacción ciudadana con los actores políticos tradicionales y los resultados de la democracia requieren de nuevas propuestas y articulaciones políticas. A esto se suma la necesidad de encontrar nuevas formas de diálogo e interacción entre actores políticos y la ciudadanía que posibiliten a esta la participación en los procesos de construcción –institucional y en espacios no formales– de soluciones y mejoras en las condiciones de vida que afectan la garantía de sus derechos en el país.

La aprobación de la Ley antidiscriminación en el Congreso este año es una buena señal en dirección a que las normas nacionales comiencen lentamente a adecuarse a los estándares de derechos humanos y, en este caso en particular, a reconocer el derecho de toda persona a ser tratada sin diferenciaciones arbitrarias y en condiciones de igualdad. Si bien las transformaciones culturales y el cambio en las prácticas sociales y del Estado tomarán algún tiempo, la institucionalidad comienza lentamente a reaccionar frente a estos cambios, como muestra por ejemplo el triunfo electoral de dos concejalas transexuales, en Talca y Valparaíso, y la inauguración del voto en braile. Menos honrosamente, la condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra

el Estado de Chile por discriminar a la jueza Karen Atala en razón de su orientación sexual, al negarle la tuición de sus hijas, también contribuye a avanzar en los cambios a favor de erradicar la discriminación y construir una sociedad que pueda reconocer en la diversidad y las diferencias entre las personas, un valor a ser resguardado.

Por su parte, la abstención de un 60% aproximadamente de la población con derecho a voto confirma lo poco convocante del sistema de representación electoral y las propuestas de los candidatos. Para el INDH, esto es preocupante en el marco de un país donde las desigualdades sociales existentes constituyen uno de los principales problemas para la garantía de derechos fundamentales, y la abstención electoral viene a reforzar una situación de escasa participación en ámbitos donde la ciudadanía tendría posibilidades de incidir para que ello cambie. Los niveles de abstención interpelan seriamente a los partidos políticos, a las autoridades de gobierno y miembros del Congreso, y deben propiciar una reflexión crítica y un rol activo del Estado con el fin de prevenir que se refuerce un cuadro de "interrupción" entre la institucionalidad política formal y amplios sectores de la población.

Desde hace meses, algunas prevenciones hechas en relación con que estos niveles de abstención podían tener lugar se entrecruzaban con el debate en torno a los cambios en la institucionalidad política del país. Así, tanto la reforma política al sistema electoral binominal como la convocatoria a una Asamblea Constituyente han estado presentes en el debate del año llamando la atención de todos los actores en relación con la necesidad de realizar arreglos institucionales que garanticen la participación y a abrir el debate sobre el futuro de nuestra convivencia democrática.

Las desigualdades en el país no tienen un correlato solamente en ciertos grupos sociales, sino que se reflejan en el desigual desarrollo de las regiones. A pesar de la obligación constitucional de incorporar los principios de equidad y solidaridad en el desarrollo de políticas, la desigual garantía de derechos en las regiones del país ha provocado este año reacciones como las vividas en Aysén y Antofagasta y, en años anteriores, en Magallanes, entre otras. Este es un ámbito en el cual la toma de decisiones y la organización centralizada del país no contribuyen a un desarrollo acorde con lo que dicta la Constitución, y preocupa al INDH.

Las desigualdades y su expresión a través de manifestaciones públicas por el cumplimiento de derechos también se han expresado este año a través del movimiento estudiantil, el cual ha sostenido las convocatorias a movilizaciones teniendo amplio apoyo. El diálogo entre estos actores, el gobierno y el Congreso no ha fructificado, y a pesar de los proyectos de ley presentados por el gobierno (los que se analizan en este informe), no resulta claro que el problema de fondo –como es que exista en el país un proyecto educativo de calidad, de largo plazo y consensuado transversalmente, que cuente con adecuados recursos fiscales para su desarrollo de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos– vaya a tener una pronta solución. En la medida en que no existen consensos sobre los principales problemas en este ámbito, es preocupante que no se vislumbren soluciones –más allá de las parciales– que den garantía al ejercicio de este derecho en todos sus componentes. En este sentido, es necesario que existan canales de diálogo permanentes con el Estado, lo que aumentaría las posibilidades de construir consensos en relación con el mejor modo de garantizar los derechos.

Las demandas por la garantía de derechos y mayor participación también están presentes en los pueblos indígenas, con particular visibilidad en el caso del pueblo mapuche. De acuerdo al compromiso asumido por el Estado de Chile al ratificar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en 2008, este está obligado a abrir canales de participación indígena y a desarrollar procesos de consulta de acuerdo con los estándares internacionales en la materia. No obstante, la dificultad de los poderes del Estado para reconocer el carácter multicultural del Estado chileno se traduce en la práctica en escasos espacios de participación y consulta a estos pueblos, en condiciones que no garantizan el cumplimiento de requisitos mínimos de estos procesos, y en la ausencia de normativa que regule adecuadamente cómo debe ser llevada a cabo dicha consulta de acuerdo con los estándares del Convenio mencionado. Esta situación al igual que los persistentes conflictos en La Araucanía y los hechos de violencia policial que tienen lugar en la región –y sobre los cuales la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha vuelto a llamar la atención al Estado en agosto de este año– son otros ejemplos de la necesidad de construir nuevos diálogos

políticos en un marco de respeto a los derechos fundamentales de las personas y los pueblos involucrados. Respecto de los delitos que han tenido lugar en dicha región a lo largo del año, el INDH ha condenado los actos de violencia que superan las legítimas demandas de comunidades e integrantes de pueblos indígenas en la medida en que la protesta y la movilización social, constituyendo un elemento del desarrollo de la democracia del país, se debe ejercer de manera pacífica. En este orden de ideas, los órganos públicos competentes deben determinar las responsabilidades de estos hechos por medio de procedimientos que se ciñan estrictamente a los estándares internacionales de derechos humanos, incluido el derecho a un debido proceso.

Existe en el país una tendencia a la aplicación de la fuerza y al control punitivo del Estado como opción privilegiada para enfrentar la inseguridad y otras situaciones de conflicto diversas. Este año, la Corte Suprema rechazó en fallo unánime el pedido de nulidad presentado por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Ministerio Público en el "caso bombas", en el cual se invocó la Ley Antiterrorista, cerrando así un largo proceso. El caso implicó un cuestionamiento a los procedimientos de investigación del Ministerio Público, al proceder del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y numerosas observaciones a la aplicación de esta norma excepcional, en virtud de la cual –dadas sus características– se rebajaron los estándares del debido proceso poniendo en tensión la garantía de derechos de las personas imputadas. En el "caso Pitronello", donde también se invocó la Ley Antiterrorista por la colocación de un artefacto explosivo en el frontis de un banco en la comuna de Puente Alto, la justicia determinó que la ley penal común era suficiente para dictar sentencia contra la persona acusada.

En un plano distinto, se siguen registrando índices alarmantes de hacinamiento y vulneración de derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, sobre los cuales es necesario intervenir de forma efectiva y sostener dicha intervención en el tiempo. En efecto, la política criminal punitivista pone su énfasis en solucionar los problemas de seguridad con penas privativas de libertad que refuerzan las indignas condiciones en las que viven las personas privadas de libertad en el país. En este sentido, el INDH ha recomendado un uso racional del poder punitivo y de la herramienta penal, con sistemas de control social para su correcto seguimiento, con límites claros a las autoridades para evitar su utilización arbitraria, con un sistema de información complejo que permita una continua revisión sobre su eficacia y, fundamentalmente, con una estrategia clara y esfuerzos sostenidos de reinserción social hacia quienes han delinquido.

En otro orden de cosas, un hecho que suscitó amplio debate y que se vincula con el funcionamiento de la institucionalidad en el país, su proyecto de desarrollo y con el ejercicio de derechos fundamentales simultáneamente, fue el fallo reciente de la Corte Suprema en el "caso Central Castilla". Más allá de la controversia que suscitó en términos de las prerrogativas propias de cada poder del Estado para tomar este tipo de decisiones y los límites a las observaciones y críticas que pueden hacerse entre sí, este caso pone de manifiesto el desafío que la sociedad chilena tiene por delante en términos de diseñar una matriz energética que permita generar los recursos requeridos por las industrias y por el ámbito doméstico, a la vez que ser sustentable ambientalmente y respetuosa de los derechos humanos. Existen en el país numerosos conflictos socioambientales, frente a los cuales las comunidades se han organizado y reclamado por potenciales daños al medio ambiente, la salud de las personas, el derecho al agua, entre otros. La institucionalidad del Estado en este ámbito es precaria y está incompleta, como se revisa en este informe, lo que expone a las personas, comunidades y pueblos a vulneraciones a sus derechos. El Estado debe, a través de toda su institucionalidad, garantizar que el desarrollo del país se encamine de modo sustentable, y para ello, el adecuado funcionamiento de las instituciones involucradas, la activa participación y el control por parte de las organizaciones de la sociedad civil y, la participación responsable por parte de las empresas, constituyen un requisito fundamental.

Los problemas y tareas pendientes en el camino de construir una democracia inclusiva y participativa se hacen presente en todos los capítulos que aborda este Informe. Si bien las vulneraciones a los derechos humanos analizadas tienen, en muchos casos, orígenes y explicaciones diferentes, existe en varios de ellos una característica común.

Por ejemplo, en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto el derecho al trabajo y los derechos laborales, como la salud, la educación, la vivienda y la

previsión social, más allá de sus especificidades, sufren vulneraciones cotidianamente en la medida en que el Estado –actuando en su rol subsidiario– no ha logrado contar con regulaciones acordes con estándares de derechos humanos ni fiscalizar adecuadamente estos ámbitos y el actuar de los actores involucrados.

Algo similar ocurre en el caso de los derechos de las personas adultas mayores, de las personas con discapacidad y de las mujeres, en los cuales hay numerosos ámbitos que reflejan preocupantes situaciones de desprotección, inadecuada o insuficiente regulación, falta de fiscalización o de planes y medidas que garanticen adecuadamente el ejercicio de derechos sin discriminación. En el caso particular de los derechos de las mujeres, este año el Estado de Chile rindió cuentas ante el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW), en Ginebra. En las recomendaciones que se le hicieron al Estado en virtud de lo que este informó, se remarcó entre otros problemas las dificultades que enfrentan las mujeres para participar en la vida política del país en igualdad de condiciones, asunto de especial interés en el marco de un año electoral, y que se aborda en este documento.

De este modo, el panorama que este Informe ofrece para 2012 hace ver que Chile enfrenta en materia de derechos humanos similares problemas a los de otros países de la región, a pesar de liderar –junto a Uruguay y Costa Rica– numerosos estudios sobre gobernabilidad democrática en la región por sus positivos resultados en términos de fortaleza institucional y vigencia del Estado de derecho. Sin desconocer el mérito de la trayectoria histórica de nuestra institucionalidad, de especial importancia en el camino hacia la profundización democrática y que debe ser cuidada, resulta imprescindible abrirse a un análisis crítico que permita abordar en qué ámbitos y hasta qué punto la institucionalidad del país no ha respondido a las necesidades de una parte de la población de acuerdo con los estándares de derechos humanos a los que el Estado se ha comprometido.

En cuanto a los homenajes que este año han tenido lugar para el ex brigadier Miguel Krassnoff y para Augusto Pinochet, así como las críticas a la labor del Museo de la Memoria y los Derechos Humanos, estos han permitido afirmar el consenso fundamental alcanzado en el país: que no hay contexto alguno, por muy negativo que este sea, que justifique la comisión de crímenes de lesa humanidad.

CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

El Informe Anual 2012 tiene por finalidad describir y analizar los acontecimientos ocurridos en Chile que permiten evaluar la situación de los derechos humanos y realizar recomendaciones a los órganos del Estado, de acuerdo con lo que mandata el art. 3.1 de la Ley 20.405.

Este documento abarca el período que va entre el 1 de noviembre de 2011 y el 31 de octubre de 2012. Como analiza la situación de los derechos humanos para un período específico, es un estudio de carácter transversal.

Con el propósito de dar una mirada comprehensiva a la situación de los derechos humanos en Chile, el Informe Anual considera la utilización de diversas técnicas de recolección de información; las más utilizadas son:

Oficios: buena parte de la información contenida en este informe es provista por los órganos y servicios del Estado, a los cuales el INDH requiere información. De acuerdo con la Ley 19.880 que establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la administración del Estado, los oficios deben ser respondidos en un plazo de entre 10 y 20 días.

Análisis documental: Consiste en analizar información proveniente de textos, ya sean éstos escritos (informes académicos y de organizaciones no gubernamentales, tratados internacionales, normativa nacional, políticas públicas, etc.) o audiovisuales (películas, fotografías, etc.) relacionados con el fenómeno estudiado. Esta es otra técnica de recolección de información muy utilizada para la elaboración de este informe, y los materiales considerados se citan en nota al pie o en la bibliografía al final de cada capítulo.

En el desarrollo de los contenidos, el INDH tiene especial preocupación por incorporar información generada por las organizaciones de la sociedad civil, así como aquella que dé cuenta específicamente de la situación de los derechos humanos en regiones. Es importante aclarar que el INDH no necesariamente comparte las opiniones que difunde sobre

las posiciones de actores sociales, organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas o de investigación, sin perjuicio de considerarlas información relevante para una más acabada comprensión del fenómeno del que se busca dar cuenta.

El contenido del Informe Anual es definido a comienzos de cada año por el Consejo del INDH, y responde a consideraciones diversas. Por una parte, como se dijo, busca dar cuenta de la situación nacional y no concentrarse mayoritariamente en lo que ocurre en la Región Metropolitana. En segundo lugar, se consideran factores de contexto que uno pueda prever que tendrán lugar durante el año, como el caso de las elecciones o las fechas de presentación de informes por parte del Estado al Comité de control de tratados. Una tercera consideración está vinculada con demandas específicas que se pudieran haber recibido de parte de organizaciones no gubernamentales, en cuanto a la necesidad de abordar determinadas situaciones. A esto se suman los problemas de los que se haya tomado nota a través de los diálogos regionales que el INDH lleva a cabo (ver Informe de gestión). De este modo, el INDH busca abordar la situación de una agenda amplia y diversa de derechos humanos, con el fin de cumplir con su mandato legal y brindar información actualizada sobre la situación de los derechos humanos en el país, de acuerdo con lo que dictan los estándares internacionales de derechos humanos y la normativa nacional.

Por último, para homologar el contenido de los capítulos, éstos están organizados mayoritariamente en los siguientes ejes:

- Antecedentes: contexto del año, síntesis de diagnóstico realizado en años anteriores;
- Análisis de estándares internacionales de derechos humanos y normativa nacional;
- Análisis de diseños institucionales y de políticas públicas, planes y programas en la materia; ejemplos de casos de estudio, opinión pública.
- Recomendaciones

En relación con el desarrollo del Informe de este año, es necesario dejar planteada la preocupación por la falta de respuesta a los oficios enviados por el INDH, o su excesiva demora, lo que ha redundado en dificultades para poder realizar una evaluación de ciertos ámbitos en base a información oficial. Tal es el caso de los oficios enviados al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a la Secretaría General de la Presidencia, a la Dirección del Trabajo, la Asociación Chilena de Municipalidades, entre otros, y los partidos políticos a nivel nacional, a pesar de que estos últimos no tienen una obligación legal de respuesta. No obstante, cabe destacar la buena disposición para la entrega de información y el cumplimiento de plazos por parte de instituciones como Gendarmería de Chile, SENAME, el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio Público.

EL CONTENIDO DE ESTE INFORME

El Informe Anual 2012 está organizado alrededor de nueve capítulos: i) Demandas en torno a la profundización democrática; ii) Institucionalidad democrática y derechos humanos; iii) Ejercicio de derechos sin discriminación; iv) Derechos económicos, sociales y culturales; v) Violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas en el período 1973-1990; vi) Educación en derechos humanos; vii) Medios de comunicación social y derechos humanos; viii) Recomendaciones; y ix) Informe de gestión.

El capítulo sobre demandas en torno a la profundización democrática aborda, en su primer apartado, la cuestión de la seguridad democrática. Allí se revisa la política criminal, las denuncias de violencia policial en contextos de manifestaciones sociales y también en el sur del país, contra personas del pueblo mapuche, y la aplicación de la Ley Antiterrorista y la invocación a la Ley de Seguridad del Estado. En el segundo apartado se analiza la situación del derecho a la educación, poniendo atención en sus obligaciones en tanto garante de este derecho, por ejemplo, en cuanto al financiamiento de la educación así como en las herramientas de fiscalización disponibles. El tercer apartado considera la situación de los derechos de los pueblos indígenas, identificando los desafíos en el ámbito de su reconocimiento constitucional y libre determinación, las dificultades para el cumplimiento de las obligaciones de consulta indígena por parte del Estado y la cuestión del reconocimiento de tierras y territorios, así como del derecho al agua.

El segundo capítulo sobre institucionalidad democrática, a diferencia de otros apartados, aborda el análisis de proyectos específicos referidos a la institucionalidad (no la situación más amplia en un determinado ámbito), sus fortalezas y debilidades a la luz del desafío de contar con instituciones robustas para una adecuada garantía de los derechos humanos en el país. En este caso se analiza la creación del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura, la Defensoría del Pueblo, el proyecto de ley de Subsecretaría de Derechos Humanos, la Corporación de Asistencia Judicial, la Ley de Participación y la regulación del *lobby*, la Ley Antidiscriminación aprobada este año y el proyecto de reforma del SENAME.

El tercer capítulo sobre ejercicio de derechos sin discriminación analiza en el primer apartado la situación de los derechos de las mujeres. Allí se pone el foco en la situación de discriminación que las afecta en el ejercicio de sus derechos políticos, el derecho de las niñas a una vida sin violencia sexual y el acceso a la justicia de las mujeres indígenas en situaciones de violencia por parte de las parejas. El apartado sobre derechos de las personas privadas de libertad plantea la cuestión del derecho a voto por parte de estas personas, revisa la situación de hacinamiento y el ejercicio de derechos como el trabajo, la educación y la salud; y considera también la situación de las personas de la diversidad sexual privadas de libertad, la situación respecto de la aplicación de la Ley de responsabilidad penal adolescente y los derechos de funcionarios/as de Gendarmería. A continuación se aborda la situación de los derechos de las personas migrantes y la trata de personas, considerando la necesidad de que el país actualice sus normas en este ámbito y dé garantías al ejercicio de derechos de las personas migrantes, y se revisa el estado de avance de las iniciativas para luchar contra el delito de trata en el país. En cuarto lugar, el apartado sobre derechos de las personas adultas mayores analiza los vacíos normativos y la fragilidad de ciertos ámbitos de política que exponen a este grupo de población a afectaciones a sus derechos fundamentales, como es el caso de la situación de los Establecimientos de Larga Estadía en el país. Finalmente, el apartado sobre derechos de las personas con discapacidad analiza las fortalezas y debilidades de las medidas que buscan garantizar los derechos de esta población en el ámbito laboral, de seguridad social y de participación.

El cuarto capítulo sobre derechos económicos, sociales y culturales revisa la situación del derecho a la salud, al trabajo y los derechos laborales, a la seguridad social, a la vivienda y a un medio ambiente libre de contaminación. En todos los apartados se revisan aspectos normativos sobre este derecho y las necesidades de adecuar la normativa a estándares internacionales de derechos humanos, garantizando mecanismos de reclamo y justiciabilidad de estos derechos, y enfatizando el rol insustituible del Estado en garantizarlos, aun cuando ciertos ámbitos estén siendo desarrollados por el sector privado.

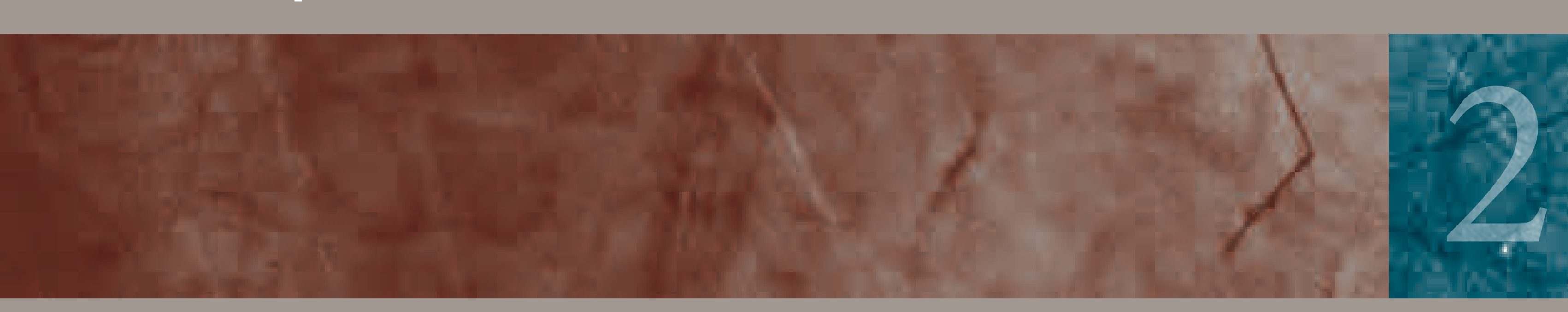
El quinto capítulo sobre violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos en el periodo 1973-1990 revisa los avances que este año han tenido lugar en materia de verdad y memoria, acceso a la justicia y reparaciones.

El capítulo sobre educación en derechos humanos repasa las obligaciones del Estado en este ámbito, tanto en todos los niveles de educación formal como en el caso de la formación de funcionarios/as públicos. En este último caso se revisa la situación de la formación de operadores de justicia, y de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad.

El séptimo capítulo sobre medios de comunicación social y derechos humanos analiza por primera vez la garantía del derecho a la libertad de expresión a la luz de la configuración del mercado de medios de prensa escrita, radial y televisiva. También analiza el modo en que los medios de comunicación dan tratamiento a ciertos problemas de derechos humanos, contribuyendo a la creación de estereotipos discriminatorios.

Finalmente, el informe contiene las recomendaciones generales y específicas que el INDH realiza a los órganos del Estado para el mejoramiento de las situaciones analizadas, y rinde cuentas sobre lo realizado este año a través de su informe de gestión.

Demandas en torno a la profundización democrática



1. Seguridad democrática y derechos humanos
2. Derecho a la educación
3. Derechos de los pueblos indígenas

1 INTRODUCCIÓN

Tras 22 años desde la recuperación de la democracia, Chile asiste al desafío de atender demandas de diversos sectores para avanzar hacia una sociedad más plural, justa e igualitaria. La persistencia en 2012 de las manifestaciones y demandas sociales iniciadas en años anteriores evidencia que aún subsisten retos para el desarrollo democrático del país.

Para el Informe Anual 2012, el INDH ha puesto el énfasis en tres temas específicos que se mantienen en la coyuntura nacional y que representan para el Estado el deber pendiente de garantizar adecuadamente los derechos humanos. Estos temas se refieren a la seguridad democrática, el derecho a la educación y los derechos de los pueblos indígenas.

El INDH dedica, por primera, vez un capítulo de su Informe Anual al análisis de la seguridad democrática, abordando la necesidad de conciliar el derecho a la seguridad y los derechos humanos en general, con las políticas públicas en este ámbito. Una serie de hechos ocurridos en 2012 vuelven a poner de manifiesto la importancia de que las políticas públicas de seguridad ciudadana y la mantención del orden público se ajusten a los estándares internacionales de derechos humanos. El capítulo analiza los hechos del año, estructurados en cuatro temas principales: la política criminal, las denuncias sobre violencia policial, la Ley Antiterrorista y la Ley de Seguridad del Estado.

Al igual que en 2011, el Informe Anual analiza el rol del Estado como garante del derecho a la educación. En este aspecto, el año 2012 estuvo marcado tanto por la continuidad de las movilizaciones estudiantiles como por la presentación por parte del gobierno de un conjunto de propuestas que buscan dar respuesta a algunas de las demandas por una mayor calidad en la educación. Esto incluyó proyectos de ley para reformar la institucionalidad educativa, así como propuestas para aumentar los recursos públicos destinados al sistema educativo. El capítulo analiza si las acciones emprendidas en el período satisfacen los compromisos del Estado como garante del derecho a la educación, y se estructura en dos grandes temas: el rol de provisión y financiamiento de la educación y el rol de fiscalización y resguardo de derechos en la educación.

Por segundo año consecutivo, el INDH aborda la situación de los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Durante 2012 se mantuvieron las demandas de reivindicación de derechos políticos y territoriales, y ocurrieron diversos hechos de alta repercusión pública relacionados con el conflicto intercultural. Entre ellos, se pueden mencionar las denuncias por casos de violencia policial en la Región de La Araucanía, la invocación de la legislación antiterrorista y el desarrollo de nuevas huelgas de hambre sostenidas por personas indígenas privadas de libertad. El capítulo aborda las obligaciones del Estado en relación con el derecho a la libre determinación, la participación y la consulta indígena, y la política de tierras y aguas.

1

SEGURIDAD DEMOCRÁTICA Y DERECHOS HUMANOS



Fotografía: Leonardo Urrutia

1

SEGURIDAD DEMOCRÁTICA Y DERECHOS HUMANOS

ANTECEDENTES

Toda persona tiene derecho a la libertad personal y la seguridad individual. Garantizar este derecho obliga al Estado a adoptar políticas de seguridad ciudadana eficaces y eficientes a la vez que respetuosas de los derechos humanos. Combinar estos requisitos, acompañados de normas y prácticas institucionales acordes a los estándares internacionales de derechos humanos, constituye un desafío vigente en el país.

El derecho internacional de los derechos humanos se ha preocupado del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual desde sus inicios. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3) como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. I) señalan que todo ser humano "tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona". Posteriormente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) estableció en su art. 7 que "toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales".

La Corte IDH ha entendido el derecho a la libertad personal y seguridad individual como "la libertad [para] hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable"[1]. Asimismo, interpretando específicamente el art. 7 de la CADH antes citado, la Corte IDH plantea que este "protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física"[2].

Por su parte, la Constitución reconoce el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual en su art. 19 Nº 7, de lo que se deriva el derecho de toda persona a residir y permanecer en cualquier lugar de la República trasladándose de un lugar a otro, entrar y salir del territorio, no ser privado de la libertad salvo en los casos y la forma que señala la Constitución y la ley, la garantía referida a que solo un funcionario público expresamente facultado por ley puede arrestar o detener a una persona (salvo caso de delito flagrante), el estar detenido o arrestado en lugares destinados para ese fin, entre otros[3].

El abordaje de las políticas públicas de seguridad ciudadana ha observado un cambio de paradigma en los últimos años, desde uno donde el objeto de resguardo y preocupación principal era el Estado –frente a lo que se percibía como la amenaza de un enemigo externo e interno– hacia otro donde el foco está puesto en la protección de la persona como titular de derechos. La perspectiva de derechos en el ámbito de la seguridad ciudadana requiere adaptar las

1 Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C Nº 170, párr. 53.

2 Ibídem.

3 Para más información revisar las garantías establecidas en el art. 19 Nº 7 de la Constitución Política de la República.

políticas en base a este nuevo paradigma, lo que constituye una tarea no exenta de tensiones y desafíos, ya que en este ámbito muchas veces se suele percibir a los derechos humanos más como un obstáculo a la eficacia de las políticas que como una condición para su éxito.

Garantizar la eficacia y eficiencia de las políticas de seguridad ciudadana democrática así como la observancia de los derechos de todas las personas sin discriminación requiere sortear exitosamente algunos desafíos. Uno se refiere a la construcción del gobierno de la seguridad, es decir, de "la capacidad institucional por parte de las autoridades legítimas de diseñar, implementar y evaluar políticas de prevención y control de la violencia y el delito. En la región, históricamente estas responsabilidades fueron delegadas, en muchos casos informalmente, por el sistema político a las fuerzas de seguridad. Como consecuencia de esto, las decisiones sobre la seguridad de las personas y sus bienes respondieron primordialmente a los intereses de esas fuerzas, siendo asumidas con total autonomía del resto de las políticas públicas, y sin ningún tipo de control por parte de la ciudadanía" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, pág. 31)[4]. Esto implica una arquitectura pública compleja, con la participación de diversos organismos públicos, de la comunidad, de organizaciones de la sociedad civil, y con la responsabilidad política de las autoridades ante el actuar de las Fuerzas de Orden y Seguridad que, en contextos democráticos, dependen y obedecen a dicha autoridad. Otro elemento radica en que las políticas se focalicen "en la construcción de mayores niveles de ciudadanía democrática, con la persona humana como objetivo central de las políticas a diferencia de la seguridad del Estado o el de determinado orden político" y que se evalúen desde la perspectiva del respeto y garantía de los derechos humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, págs. 8 y 13). Poner a la persona en el centro de preocupación de las políticas de seguridad implica, además, que sus resultados beneficien a todas las personas sin discriminación. Una característica adicional del nuevo paradigma dice relación con el respeto y protección de los derechos fundamentales de quienes integran las Fuerzas de Orden y Seguridad. Esto en tanto forma parte esencial de la política de seguridad democrática fomentar una cultura de derechos tanto hacia fuera como hacia el interior de las instituciones. Para generar una cultura de respeto a los derechos humanos por parte de los y las funcionarias, el Estado debe también respetar los derechos fundamentales de quienes forman parte de tales fuerzas.

De las dictaduras vividas en el pasado, los países han heredado una legislación y prácticas en materia de seguridad caracterizadas por otorgar campos amplios de arbitrariedad a la autoridad política y policial, con una concepción autoritaria de orden público, baja responsabilidad política por el actuar de las Fuerzas de Orden y Seguridad, un abusivo uso de la herramienta penal y una aplicación del aparato punitivo estatal que refuerza la exclusión de grupos vulnerados.

En este sentido, el INDH ha cuestionado la existencia en Chile de leyes, políticas y prácticas que responden a un modelo de seguridad ineficaz[5] y a la vez riesgoso para el resguardo de los derechos de las personas, en vez de propugnar un modelo de seguridad ciudadana armónico con los derechos humanos, capaz de abordar de forma preventiva la complejidad de elementos (políticos, económicos, sociales, institucionales) involucrados en la violencia y la comisión de delitos, que en parte producen la sensación de inseguridad que se manifiesta en las encuestas de opinión pública.

Durante 2012, un conjunto de hechos han confirmado la necesidad de reflexionar sobre las políticas de seguridad ciudadana acorde a los estándares internacionales de derechos humanos. La invocación de la Ley de Seguridad del Estado por parte del Poder Ejecutivo durante las manifestaciones sociales en Aysén o de la Ley Antiterrorista en los casos "bombas" y Pitronello, las denuncias de hechos de violencia policial en el marco de las manifestaciones estudiantiles a lo largo del país y la continuidad del uso de la política de persecución penal del delito como herramienta privilegiada para la resolución de conflictos, todas ellas con dificultades

4 Ver también Víctor Abramovich. Condiciones para el gobierno político de la seguridad, en Seguridad Democrática y Derechos Humanos. 2012. Instituto Nacional de Derechos Humanos.

5 En este sentido, si bien según la Encuesta Nacional UDP 2012 el tema de mayor preocupación para la ciudadanía es la delincuencia (33,6%), los estudios de Paz Ciudadana y Adimark de junio de 2012 muestran una concentración de la delincuencia en la revictimización, donde un 27,7% de la población es objeto del 90,6% de la cantidad total de robos, mientras que un 60,7% no ha sido víctima de delincuencia.

para obtener resultados satisfactorios en el mediano y largo plazo en el ámbito de la seguridad, son un ejemplo de esto. Estos hechos reúnen características que revelan una aproximación del Estado al ámbito de la seguridad ciudadana que no responde a una concepción de orden público como escenario democrático para el ejercicio de derechos fundamentales, ni acompaña el cambio que ha tenido lugar en la sociedad chilena, la que reclama cada vez con más claridad su derecho a participar en la profundización democrática del país. Para aportar a esta reflexión, en julio de 2012, el INDH en conjunto con el Instituto de Políticas Públicas y Derechos Humanos del Mercosur, con el patrocinio de la Oficina para América del Sur del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, realizó el Seminario Internacional "Seguridad Democrática y Derechos Humanos", donde se debatieron estos aspectos[6].

Este capítulo analiza los hechos del año que dicen relación con la política criminal, las denuncias sobre violencia policial, la aplicación de la Ley 18.314 que determina conductas terroristas, y la de la Ley de Seguridad del Estado.

LA POLÍTICA CRIMINAL

Parte fundamental del gobierno de la seguridad ciudadana democrática es contar con una política criminal acorde a los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Esto implica, principalmente, una política respetuosa de los derechos que emanan del debido proceso, con un uso racional del poder punitivo y de la herramienta penal, con sistemas de control social para su correcto seguimiento, con límites claros a las autoridades para evitar su utilización arbitraria, con un sistema de información complejo que permita una continua revisión sobre su eficacia y, fundamentalmente, con una estrategia clara y esfuerzos sostenidos de reinserción social hacia quienes han delinquido.

En sus dos informes anuales anteriores, el INDH –a propósito de la situación carcelaria– ha planteado la necesidad de revisar la política de persecución del delito en Chile. Cómo un Estado concibe la política criminal es un pilar fundamental en un Estado de derecho democrático, principalmente porque implica responder para qué reservará el uso de la herramienta penal. Una política criminal construida en base al aumento de penas, a la tipificación amplia y ambigua de delitos, y al aumento de las atribuciones de las Fuerzas de Orden y Seguridad, sin la existencia de mecanismos de control y límites democráticos, crea un campo de arbitrariedad para el Estado que ha llevado a denuncias de violencia policial, inhumanas tasas de hacinamiento carcelario, y tipificaciones amplias y vagas de delitos como en el caso de la Ley Antiterrorista. La Corte IDH ha planteado que "en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado"[7].

Los poderes colegisladores forman parte, en ocasiones, del sistema que alimenta el populismo penal. En 2011 se presentaron un total de 48 proyectos de ley cuyo objeto era aumentar las penas a delitos, incorporar nuevos agravantes penales o tipificar nuevos delitos en el ámbito de la seguridad ciudadana[8]. Por su parte, entre enero y octubre de 2012 se presentaron 37 proyectos de ley con las mismas características[9]. El origen de los proyectos de ley presentados en estos períodos (2011 y enero a octubre de 2012) da cuenta que este es un fenómeno transversal políticamente, ya que los mismos han sido presentados por legisladores de ambas alianzas y por el gobierno. En diferentes proyectos, la situación que se quiere agravar, tipificar o penalizar más

6 La publicación que contiene las ponencias de quienes participaron en el seminario está disponible en la página web del INDH, www.indh.cl

7 Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C Nº 177, párr. 76.

8 Los números de boletín de estos proyectos son: 8121-02; 8117-03; 8113-07; 8102-07; 8089-07; 8056-07; 8053-07; 8049-17; 8055-07; 8046-07; 8028-15; 8018-07; 8003-07; 7975-25; 7956-07; 7903-07; 7895-25; 7881-07; 7858-07; 7844-07; 7816-04; 7823-06; 7806-07; 7801-07; 7797-06; 7780-07; 7752-15; 7756-07; 7743-07; 7734-11; 7712-07; 7698-15; 7689-07; 7665-07; 7652-15; 7640-07; 7630-07; 7620-07; 7613-15; 7606-07; 7586-25; 7522-07; 7509-07; 7481-07; 7410-07; 7407-07; 7406-07; y 7404-07. En 2011 se presentaron un total de 673 proyectos de ley.

9 Los números de boletín de estos proyectos son: 8460-25; 8471-07; 8407-07; 8420-25; 8403-25; 8379-07; 8358-07; 8290-06; 8256-07; 8257-07; 8223-25; 8216-07; 8204-07; 8186-18; 8166-07; 8168-15; 8171-15; 8175-03; 8155-01; 8144-12; 8491-07; 8495-07; 8498-11; 8518-18; 8531-06; 8539-07; 8541-15; 8553-07; 8557-06; 8576-11; 8579-25; 8580-25; 8598-25; 8609-07; 8612-02; 8634-06; y 8641-07. Hasta el 31 de octubre de 2012 se habían presentado 461 proyectos de Ley ante el Congreso Nacional.

duramente tiene directa relación con los conflictos sociales que se han vivido en Chile en el último tiempo. Por ejemplo, el proyecto de ley que pretende incorporar como nueva agravante de responsabilidad penal el robo de bienes de establecimientos educacionales (Boletín 8471-07); o el proyecto que plantea observaciones a la tipificación del delito de desórdenes públicos (Boletín 8420-25), o el proyecto de ley que pretende penalizar la interrupción vehicular con fines coactivos (Boletín 8223-25).

Uno de los proyectos más relevantes en que se cristaliza esta tendencia es el que busca fortalecer el resguardo del orden público. El INDH planteó que las disposiciones de este proyecto "podrían terminar siendo nocivas para el ejercicio del derecho a manifestarse" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011a, p. 75). En primer lugar, el proyecto amplía el tipo penal de desórdenes públicos del art. 269 del Código Penal a todo acto de fuerza o violencia, con lo cual, "las diversas formas de expresión de la protesta social resultarían penalizadas y se mezclarían situaciones que hasta ahora no son delictivas, ni parece justificado que lo sean en tanto limitan peligrosamente con el ejercicio de derechos fundamentales, como la toma de un liceo o universidad, con otras situaciones que claramente constituyen delito, como los saqueos que hasta ahora están regulados a través del tipo penal de robo con fuerza en las cosas" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012d, pág. 21).

El proyecto además sanciona a quienes inciten, promuevan o fomenten los desórdenes, siempre y cuando estos hayan sido previstos por estas personas. Esto también fue observado por el INDH ya que "implicaría trasladar o compartir la responsabilidad respecto de la mantención del orden público a quienes convocan a manifestaciones y que corresponde a las fuerzas policiales en tanto garantes del orden público, incluidos por cierto el respeto y garantía de los derechos de todas las personas. Es más, se atribuye a los convocantes la responsabilidad respecto de eventuales actos de violencia en el marco de las manifestaciones, aun cuando no tengan ninguna relación o vínculo con ellas" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012d, pág. 22).

Finalmente, el proyecto tipifica el delito de toma de establecimientos y cortes de tránsito. En cuanto al primero, la tipificación exige la concurrencia de fuerza o de violencia, lo que implica que "una manifestación que utilice algún grado de fuerza pero no la violencia puede ser una conducta típica, incluyéndose como delito manifestaciones que podrían estar amparadas por la libertad de reunión y expresión, como lo es una toma pacífica". En cuanto al corte de tránsito, el proyecto exige que se impida o altere la libre circulación de vehículos o personas en lugares públicos. Así, "cualquier alteración del tránsito constituiría un delito aun cuando este no se desarrolle con violencia por parte de los manifestantes o personas que realicen esta acción" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012d, pág. 23). El debate parlamentario del proyecto de ley sobre resguardo del orden público debe enmarcarse dentro de los límites democráticos establecidos por estándares internacionales de derechos humanos, lo que implica el establecimiento de normativa que no restrinja ilegítimamente ni afectando en su esencia el derecho que se pretende regular, en este caso, la libertad de expresión y de reunión.

Durante 2012, instancias internacionales de derechos humanos también han planteado observaciones al proyecto. Relatores del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos expresaron su preocupación al Poder Ejecutivo porque el proyecto "pudiera resultar en restricciones excesivas de los derechos a la libertad de expresión y de reunión pacífica, y en la criminalización de las personas que ejerzan estos derechos. Asimismo, se expresa la preocupación que dichas medidas pudieran afectar el trabajo de los defensores de derechos humanos y periodistas"[10]. Por su parte, la Directora de Amnistía Internacional Chile, Ana Piquer, señaló que "transformar el ejercicio de derechos humanos en delito es probablemente una de las maneras más graves y directas de bloquear su ejercicio, lo cual iría en vulneración directa de los tratados de derechos humanos que el propio Estado de Chile ha ratificado" (Piquer, 2012).

Así, el populismo penal aleja la política criminal del que debe ser uno de sus objetivos principales en democracia: la resocialización de la persona infractora de la ley. Plantear la

10 Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, mandato del Relator Especial para la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y expresión; del Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas; y de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos, 23 de enero de 2012, pág. 2.

respuesta penal en su nivel punitivo más alto no permite reflexionar sobre las soluciones diversas a situaciones fácticas que muchas veces requieren de otras instancias de solución y entendimiento. Una legislación de estas características se enmarca en una lógica binaria, donde sólo existen dos caminos para quien ejerce jurisdicción: la libertad o la privación de la misma para la persona imputada, lo que explica, en parte, el hacinamiento carcelario. Dentro de este escenario, se debe destacar la aprobación de dos leyes presentadas por el Poder Ejecutivo que flexibilizan el uso de la herramienta penal. En primer lugar, la Ley 20.588 sobre Indulto General que beneficia a un conjunto de personas privadas de libertad (mujeres, extranjeros y en salida controlada al medio libre) que cumplan con determinados requisitos y, en segundo lugar, la Ley 20.603 que modifica la Ley 18.216 que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad[11].

DENUNCIAS DE HECHOS DE VIOLENCIA POLICIAL

La concepción de orden público presente en las políticas de seguridad ciudadana actuales puede llegar a restringir ilegítimamente el ejercicio de derechos. Esto se manifiesta, entre otras cosas, en cómo el Estado usa la fuerza y para qué. En democracia, la fuerza que ejerce monopólicamente el Estado debe administrarse con criterios de necesidad, gradualidad y proporcionalidad, con el objeto de permitir el ejercicio de derechos y proteger a las personas en su seguridad individual. Al respecto la Corte IDH ha observado que "un incorrecto actuar de esos agentes estatales [fuerzas de orden y seguridad] en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a la libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida"[12].

Aplicar los criterios de necesidad, gradualidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza legítima implica revisar críticamente las respuestas institucionales disponibles hasta el momento. El envío de fuerzas especiales a Freirina, Aysén o a La Araucanía como una de las respuestas principales al planteamiento de demandas sociales ha derivado en manifestantes y carabineros heridos, lo que no contribuiría a una mayor seguridad, ni necesaria u oportunamente a la construcción de un diálogo que permita canalizar demandas[13].

En 2011, el INDH planteó su preocupación por el "uso represivo de las detenciones así como los abusos que durante las mismas han denunciado mujeres y niñas", recomendando que Carabineros adecuara "sus Protocolos y prácticas durante las manifestaciones, a estándares de derechos humanos, especialmente en relación con la detención de personas" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011a, págs. 76 y 271)[14]. Con el objetivo de profundizar el diagnóstico de la situación, a fines de 2011 el INDH creó el Programa de Derechos Humanos y Función Policial, en cuyo marco se elaboró un informe sobre la afectación de derechos en el contexto de movilizaciones.

Tras las observaciones a cuatro manifestaciones realizadas entre el 25 de agosto y 19 de octubre de 2011 en Santiago (dos de ellas autorizadas y dos no autorizadas por la Intendencia), el Informe da cuenta que "la actuación policial no distingue entre aquellas que ejercen pacíficamente su derecho a reunirse y expresar sus opiniones y aquellos grupos que utilizan acciones violentas en el marco de esas mismas manifestaciones". Asimismo, "no se aprecia la aplicación de criterios de necesidad, gradualidad y proporcionalidad en el uso de los medios disuasivos por parte de Carabineros", y se constata "la presencia de carabineros sin su debida identificación institucional". El informe también reporta que "los buses y vehículos institucionales de Carabineros a los que

11 Para un análisis detallado de estas leyes, ver capítulo sobre Derechos de las personas privadas de libertad en este mismo Informe Anual 2012.

12 Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C Nº 229, párr. 70.

13 El INDH, mediante oficio Nº 235, de fecha 8 de agosto de 2012, solicitó a Carabineros de Chile información sobre funcionarios heridos en el contexto de manifestaciones sociales. Con fecha 20 de agosto, mediante oficio Nº 145, Carabineros respondió que enviaría la información, lo que hasta la fecha de cierre de este Informe Anual no ha ocurrido.

14 La consecuencia más dramática del actuar policial fue el homicidio de Manuel Gutiérrez, en agosto de 2011, por parte de personal policial, cuyo proceso se mantiene abierto ante la Justicia Militar por "violencias innecesarias".

son conducidos transitoriamente los detenidos, constituyen un momento y espacio sin control ni supervisión", y que no existen "protocolos y prácticas que contribuyan a disminuir los niveles de tensión que se producen por la falta de vínculo e información entre Carabineros y los familiares de los/las detenidos en las Comisarías". Finalmente, se constató que "el tratamiento a los menores de 18 y los menores de 14 es contrario a la normativa vigente" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011b, p. 12 a 14).

Tras la recepción del Informe, Carabineros determinó la creación del Departamento de Derechos Humanos, lo que implica un paso en favor de la construcción de una cultura de derechos humanos. Junto con lo anterior, Carabineros comenzó la instalación de cámaras de video en los buses de detención, lo que constituye una medida de garantía y transparencia por parte de la Institución. En la misma línea de cooperación y colaboración y con el objetivo de evitar espacios de indefensión en los momentos de transporte de personas detenidas a las unidades policiales, a partir de septiembre de 2012 funcionarios y funcionarias del INDH pueden acceder a vehículos policiales donde se encuentren personas privadas de libertad. Esto fue posible a partir de un dictamen de la Contraloría General de la República, la que confirmó que el INDH es competente para ejercer esta facultad. Específicamente, la Contraloría resolvió, con alusión expresa al derecho internacional de los derechos humanos, que "corresponde entender que es procedente en derecho que el INDH comisione a los personeros que indica el precitado artículo 4º, inciso segundo, para que ingresen a cualquier lugar espacialmente limitado, que se encuentre a cargo de funcionarios públicos, en que pueda configurarse una privación de libertad, con la finalidad de obtener antecedentes necesarios para el cumplimiento de las atribuciones de dicha corporación, hipótesis normativa que concurre tratándose de vehículos policiales"[15]. Estas acciones del INDH tienen por finalidad contribuir a la transparencia del actuar policial y generar un incentivo para garantizar el respeto a los derechos fundamentales de las personas.

15 Contraloría General de la República. Dictamen Nº 058070 sobre acceso de personeros del Instituto Nacional de Derechos Humanos a vehículos policiales. 21 de septiembre de 2012, pág. 4.

Durante 2012, las denuncias de violencia policial se han repetido en diversos contextos en el país, afectando principalmente a grupos vulnerados, como mujeres, niños, niñas y adolescentes y pueblos indígenas.

A comienzos de año, en la Región de Aysén, un movimiento ciudadano y regional –liderado por la Mesa Social por Aysén[16]– expresó un conjunto de demandas sociales a las autoridades con masivas movilizaciones en las calles de la región, ante lo cual el gobierno envió fuerzas especiales de Carabineros a la zona[17]. Esto provocó un conjunto de denuncias de violencia policial en el marco de tales manifestaciones, que llevaron al INDH a realizar dos misiones de observación, donde se recogieron testimonios de personas afectadas por estos hechos. El informe de la primera misión corroboró un "uso irregular y desproporcionado de escopetas antidisturbios, causando lesiones de diversa consideración en las personas entrevistadas, producto de perdigones o balines, lo que por la naturaleza de las heridas y los testimonios recabados, evidencian que estos están siendo disparados directamente al cuerpo y a muy corta distancia" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012a, p. 21). Asimismo, se constató que "algunos de los casos testimoniados por el INDH reflejan un trato cruel y degradante que atenta contra la dignidad personal" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012a, p. 21).

El caso más extremo fue el de Teófilo Haro, mecánico de 49 años, quien el día 17 de febrero perdió su ojo derecho a causa de un perdigón. Según su relato, él no estaba participando de la movilización, pero al toparse con un funcionario de Carabineros este le disparó a menos de un metro de distancia (EFE, 2012). Según información otorgada por el Ministerio Público al INDH, este se declaró incompetente de investigar este caso, quedando el mismo en manos de

16 La Mesa Social por Aysén se constituyó en febrero de 2012 agrupando originalmente a un conjunto diverso de actores regionales como la Cámara de Comercio de Puerto Aysén, la Municipalidad de Aysén, la Federación Nacional de Trabajadores de la Salud, los Sindicatos de Taxis Colectivos, la Asociación de Empleados Municipales de Chile, el Sindicato de la Corporación Nacional Forestal, el Sindicato de Paradocentes de la Educación, el Sindicato de Leñeros Monreal, la Central Unitaria de Trabajadores, la Agrupación de Dueños de Camiones de Coyhaique, las uniones comunales de Coyhaique y Aysén, y organizaciones campesinas, de pescadores artesanales, de transportistas y adheridas al Movimiento Ciudadano Patagonia sin Represas, entre otras.

17 Del mismo modo el Poder Ejecutivo invocó la Ley de Seguridad del Estado, aspecto que es analizado en el punto IV de este capítulo.

la Justicia Militar (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012a, p. 8). Esto plantea nuevamente la preocupación por la intervención de la Justicia Militar, toda vez que la misma no asegura aspectos fundamentales del debido proceso, estando el Estado de Chile en mora de reformarlo (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010, p.105; 2011a, p.95)[18].

También en el sur de Chile se han reiterado los hechos de violencia policial en el contexto de las demandas mapuche. En enero, el INDH desarrolló una misión de observación en razón del video difundido en medios de comunicación y en las redes sociales, donde aparecen funcionarios de Carabineros agrediendo a dos mujeres mapuche frente a sus hijos. En reunión del INDH con organizaciones de derechos humanos de la zona[19], éstas plantearon que pese a los anuncios de Carabineros por terminar con la violencia policial en la zona, se sigue administrando la fuerza policial de forma desmedida, lo que sumado a la no determinación de responsables de los hechos de violencia, crea un estado de impunidad (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012b, p. 5 y 6). Producto de estos hechos, el INDH presentó un Recurso de Protección ante la Corte de Apelaciones de Temuco, la que estableció en su sentencia la arbitrariedad e ilegalidad del proceder de Carabineros, en razón que "las Policías en sus actos deben actuar con estricta sujeción a los derechos y garantías de las persona, tanto de aquellas que son objeto del actuar policial por encontrarse perpetrando hechos ilícitos, cuanto –y con mayor razón– respecto de terceros ajenos a los hechos; obligación que resulta más perentoria si se trata de niños –además de etnia mapuche–, como acontece en la especie; especialmente si las actuaciones en contra de las mujeres aludidas se hicieron en presencia de sus hijos, con lo cual naturalmente se produce a éstos una afectación o daño de carácter psíquico"[20]. No obstante, posteriormente la Corte Suprema revocó la sentencia estableciendo el voto de mayoría que "es dable concluir que Carabineros de Chile, al obrar como lo hizo [...] procedió resguardando, manteniendo y garantizando el orden público alterado"[21]. Por su parte, el voto disidente planteó confirmar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco en razón que "se aprecian conforme a las razones simplemente lógicas y de experiencia, que se concluye que ha existido una perturbación o amenaza al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de los niños"[22].

Los allanamientos llevados a cabo por Carabineros en la zona también han sido objeto de crítica por parte de diversas organizaciones, en tanto las personas afectadas han sido principalmente mujeres, niños y niñas. A propósito de los allanamientos a la Comunidad de Temucuicui ocurridos en abril, donde un adolescente de 16 años recibió disparos de perdigones, Unicef expresó "su preocupación frente a diversas denuncias sobre uso desproporcionado de la fuerza por parte de efectivos policiales, en procedimientos efectuados en comunidades mapuche, y por el impacto de los mismos sobre la integridad física y psíquica de los niños, niñas y adolescentes" (Unicef, 2012). Posteriormente en agosto, también producto de desalojos llevados a cabo en la comunidad de Temucuicui, dos adolescentes de 12 y 16 años, fueron heridos con perdigones en la espalda y pierna respectivamente. Esto provocó una declaración pública de la Comisión IDH, manifestando su preocupación por "las heridas sufridas por niños y niñas del pueblo indígena Mapuche en Chile, durante un desalojo realizado por efectivos policiales de Carabineros. La CIDH insta al Estado a investigar los hechos y sancionar a los responsables, y a adoptar medidas para evitar en el futuro el uso excesivo de la fuerza en estos operativos" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) señala en su artículo 6 el derecho de todo niño y niña a la vida; por su parte, el artículo 37 establece la prohibición de que un niño o niña sea sometido a torturas ni a otros tratos o

18 Producto del sumario que abrió Carabineros para investigar este hecho, se decidió dar de baja al Sub Oficial Héctor Saúl Aburto Castro de la dotación de la Subcomisaria de Fuerzas Especiales de Aysén. Carabineros de Chile, Orden de Sumario Nº 3184 de 19 de febrero de 2012. Información remitida al INDH mediante Oficio ordinario Nº 61, de 24 de abril de 2012.

19 Participaron en dicha reunión la Universidad Católica de Temuco (Cátedra Fray Bartolomé de las Casas), Centro de Investigación y Defensa Sur, CINPRODH, Fundación Instituto Indígena, Universidad La Frontera (Instituto de Estudios Indígenas), Observatorio Ciudadano y la Pastoral Indígena del Obispado de Temuco.

20 Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 127-2012. Sentencia de 12 de marzo de 2012. Considerando 3.

21 Corte Suprema. Rol 2587-2012. Sentencia de 24 de mayo de 2012. Considerando 5.

22 Ibídem. Voto disidente de la ministra Sra. Sonia Araneda. Considerando 6.

penas crueles, inhumanos o degradantes. En este sentido, el actuar de las fuerzas de orden y seguridad debe enmarcarse en el respeto y protección de los derechos fundamentales, principalmente en cuanto a la integridad física y psíquica de niños, niñas y adolescentes.

Esto último ha sido remarcado por el Poder Judicial ante acciones presentadas por el INDH o en las que éste se ha hecho parte. La Corte de Apelaciones de Temuco, respecto de un operativo policial efectuado el 8 de diciembre de 2011 donde se detuvo a un niño de 12 años, concluyó que "las incursiones y operativos policiales en el interior de la Comunidad Temucuicui constituyen hechos públicos y notorios que, si bien se encuentran legitimados formalmente mediante el cumplimiento de los requisitos impuestos por el Código Procesal Penal, motivan el legítimo cuestionamiento de este Tribunal respecto de la necesidad de tales incursiones y de la racionalidad de los medios empleados para llevarlas a cabo, y sitúan a Carabineros frente al riesgo permanente de vulnerar no sólo lo dispuesto en el artículo 19 Nº 7 de nuestra Carta Fundamental, sino que también las disposiciones que sobre la materia contiene el Convenio 169 de la OIT"[23]. En virtud de lo anterior, la Corte de Apelaciones ordenó a la Prefectura de Carabineros Malleco a "efectuar los procedimientos policiales en dicho sector con estricta sujeción a la normativa constitucional y legal vigente, absteniéndose, en lo sucesivo, de afectar los derechos fundamentales de las personas amparadas, teniendo una especial consideración respecto de los menores de edad"[24].

En otro caso, respecto de un procedimiento policial en la Comunidad de Wente Winkul Mapu en el mes de junio, si bien la Corte de Apelaciones de Temuco resolvió que el actuar de Carabineros estuvo dentro del marco legal, de todos modos hizo el mismo llamado de atención a Carabineros que en la sentencia citada. Por su parte, la sentencia de apelación de la Corte Suprema fue más tajante al respecto, constatando "un uso excesivo, por parte del contingente policial, de la fuerza de las armas para dar cumplimiento a lo ordenado y que derivó en que para la detención de la persona buscada, hayan sufrido el rigor de dicha fuerza excesiva un grupo de comuneros mapuches que, reaccionando frente a dicha actividad policial, incluyendo ancianos, mujeres y menores de edad, se opusieron a tal acto de autoridad, los que por tal conducta sufrieron numerosas lesiones y varios de ellos además fueron detenidos"[25].

Hechos de violencia policial también han sido denunciados en el norte del país. Durante mayo se realizaron una serie de manifestaciones en la comuna de Freirina, Región de Atacama, a propósito de los malos olores expelidos por una planta faenadora de la empresa Agrosuper. Producto de las denuncias de violencia policial y afectación de otros derechos, el INDH desarrolló una misión de observación, la que en su informe final concluyó que "existió un uso irregular y desproporcionado de escopetas antidisturbios, causando lesiones de extrema gravedad en al menos una persona que participaba de la protesta social. En este sentido, se sugiere que se favorezcan todas las medidas que sean necesarias para averiguar las circunstancias de tal hecho a efectos que se puedan hacer efectivas las responsabilidades, que según sea el caso, correspondan". Del mismo modo, "se corroboró que existió un uso indiscriminado de gases lacrimógenos y demás medios disuasivos por parte de la policía, alejándose con ello de los protocolos definidos por carabineros para el uso de estos instrumentos disuasivos. De igual manera se recabaron denuncias de golpes y amenazas a personas una vez detenidas" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012c, p. 35).

Finalmente, un problema preocupante es la agresión sexual denunciada por mujeres en el contexto de las manifestaciones de estudiantes secundarios y universitarios. Según Corporación Humanas, "este patrón se hace cada vez más frecuente y agravado. Ha habido varias denuncias en los últimos desalojos respecto a desnudez forzada y *tocaciones* indebidas. Tenemos casos judicializados respecto a casos de golpes en la vagina" (Corporación Humanas, 2012a).

23 Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 1136-2011. Sentencia de 21 de diciembre de 2011. Considerando 5. La sentencia fue confirmada posteriormente por la Corte Suprema, Rol 35-12, de cinco de enero de 2012. En otro caso, si bien la Corte de Apelaciones de Temuco, si bien resuelve que el actuar de Carabineros estuvo dentro del marco legal, de todos modos hace el mismo llamado de atención a Carabineros que en la sentencia citada.

24 Ibídem. Parte resolutiva.

25 Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 449-2012. Sentencia de 5 de julio de 2012 y; Corte Suprema. Rol 5441-2012. Sentencia de 20 de julio de 2012. Considerando 4.

Asimismo, esta organización ha recibido más de 25 denuncias de violencia sexual policial por lo que se estaría frente a "un patrón de violencia sexual; no son casos aislados y eso nos preocupa. Nos preocupa que las autoridades a la fecha no han repudiado [la violencia sexual policial] como debiera hacerse en este tema al más alto nivel" (Corporación Humanas, 2012b).

En agosto, un grupo de estudiantes de Rancagua se manifestaba por la lentitud en la reconstrucción de su Liceo. Carabineros los detuvo y habrían sido obligados a desnudarse en la Comisaría. El General Director de Carabineros, Sr. Gustavo González Jure, expresó que "la ciudadanía tiene que estar completamente tranquila que nuestros procedimientos no pueden afectar la dignidad de los derechos de las personas y en ese sentido […] nosotros somos los primeros encargados en sancionar o desvincular a los funcionarios de la institución y, segundo, dar cuenta a los tribunales de justicia de lo ocurrido" (Senado, 2012).

El INDH ha recibido denuncias que involucran a personal policial de diversas comisarías, mayoritariamente ocurridas en agosto. Así, el 14 de ese mes, en la Tercera Comisaría de Santiago, tres estudiantes y una apoderada fueron obligadas por una funcionaria de Carabineros a desnudarse frente a las demás detenidas. Con fecha 23 de agosto, en la 36ª Comisaría de La Florida, a una adolescente de 15 y a dos de 18 años las obligaron a levantarse la polera y el sostén, bajarse los calzones y hacer sentadillas. En la misma fecha, pero en la Comisaría de San Miguel, a 13 adolescentes se les obligó a desnudarse, pero las mujeres se negaron a entregar sus sostenes.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención "Belém do Pará") reafirma la obligación del Estado en torno a "adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia" (artículo 7), lo que implica "actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer" (Artículo 7, letra b). La Comisión IDH ha establecido que "este deber comporta cuatro obligaciones: la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones de los derechos humanos y evitar la impunidad" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007, p. 12). Sobre lo mismo, la Corte IDH señaló en el caso González y otras (Campo algodonero) Vs. México, que " los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia"[26].

LEY QUE DETERMINA Y SANCIONA CONDUCTAS TERRORISTAS Y LEY DE SEGURIDAD DEL ESTADO

La persistencia por favorecer la persecución penal a través de la ley que sanciona conductas terroristas en los llamados casos "bombas", "Pitronello", y respecto de integrantes del pueblo mapuche en el contexto del conflicto intercultural, y la invocación de la Ley de Seguridad del Estado en el marco de las movilizaciones sociales desarrolladas en la Región de Aysén, reiteran la discusión respecto a la legitimidad y eficacia de un marco punitivo de excepción. Ambos cuerpos normativos hacen parte del denominado sistema penal especial, fundado en la consideración de situaciones o estados de hecho calificados por el ente persecutor como de 'emergencia', lo que justificaría la aplicación de estatutos jurídicos especiales que disminuyen los estándares comunes de persecución penal y hacen más gravosa la situación del sujeto objeto de la investigación y juicio. Este derecho designa una legislación y jurisdicción de excepción en relación al proceso, a la sanción y la ley aplicable. Esto genera una tensión entre el principio de estricta legalidad de los delitos

26 Corte IDH. Caso González y otras ("Campos Algodonero") Vs. México. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C Nº 205, párr. 258.

y sus penas y la discrecionalidad que ofrece una regulación fundada en la descripción de conductas punibles abiertas y ambiguas.

La principal alteración a las normas comunes que ofrece este marco normativo dice relación con las garantías a un debido proceso. Este derecho exige que toda persona acusada de un hecho ilícito sea juzgada por un órgano cuya competencia se encuentre determinada por ley, independiente e imparcial, y que su actuación se ajuste a la observancia de las garantías procesales del debido proceso legal. Este derecho reclama igualmente que se respeten aspectos del derecho penal contemporáneo, como que toda conducta reprochada penalmente se encuentre claramente descrita en la ley, que se prohíba al juzgador la posibilidad de aplicar la ley penal a hechos anteriores a su entrada en vigencia, salvo que esta ley sea más favorable (irretroactividad de la ley penal) y que la determinación de la sanción responda a la conducta individual del presunto responsable. Todo ello se conoce hoy como el derecho a un juicio justo.

La celebración de juicios justos es fundamental, no solo desde la perspectiva de la protección de los derechos de la persona acusada, sino también para una recta administración de justicia, elemento esencial del Estado de Derecho. De esta manera, [l]a mejor garantía de eficacia del derecho penal –hasta donde puede exigírsele ésta- es el respeto de los derechos fundamentales. Su violación enturbia cualquier intervención penal, la desacredita, porque genera dudas sobre su corrección con el agravante de que fácilmente pueden derivar en impunidad ( )– (Zaffaroni, 2009, pág. 184). Un juicio justo constituye una garantía de control sobre una política de seguridad ciudadana democrática, especialmente al momento de aplicar legislación excepcional que restringe derechos, donde el control permite eliminar toda duda de arbitrariedad y discrecionalidad en su aplicación.

LEY QUE DETERMINA Y SANCIONA CONDUCTAS TERRORISTAS

El INDH ha sostenido que la legislación antiterrorista representa una de las respuestas de mayor intensidad punitiva del sistema penal, y en el caso chileno, la actual Ley que determina y sanciona conductas terroristas merece un juicio de reproche en consideración a que mantiene una deficiente definición del delito de terrorismo que lesiona el principio de legalidad y tipicidad; en materia de garantías judiciales establece normas de excepción que afectan el derecho al debido proceso, y en su aplicación práctica se observa un patrón que violenta el principio de igualdad y no discriminación por su invocación preferente y selectiva a grupos discriminados de la sociedad (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011a, p. 109). De esta manera, ni la normativa ni su aplicación se han ajustado al mandato constitucional, ni adecuado a los estándares internacionales de derechos humanos vinculantes para el Estado de Chile, lo que ha sido representado por los órganos de control de tratados, los sistemas especiales de Naciones Unidas y la Comisión IDH, todos los cuales han formulado un llamado al Estado en orden a respetar el derecho internacional de los derechos humanos en esta materia[27].

En cumplimiento a la obligación de respeto, mientras dicha adecuación no se verifique, corresponde a los órganos del Estado abstenerse de invocar y/o aplicar una norma que representa una afectación a los derechos humanos (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011a). En consideración de tratarse de una legislación de excepción cuya sola invocación por parte del Ministerio Público entraña una disminución o rebaja de garantías, el INDH ha recomendado que se restituya la facultad del juez de garantía con el objeto de calificar los hechos materia de la investigación como terroristas (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011a) antes de proceder judicialmente en contra de un imputado.

27 Comité de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observaciones Finales: Chile, E/C.12/1/Add.105, 26 de noviembre de 2004, párrafo 34; Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales: Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 de abril de 2007, párrafo 7; Comité contra la Tortura, Observaciones Finales: Chile, CAT/C/CHL/5, 14 de mayo de 2009, párrafo 23; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales: Chile, CERD/C/CHL/CO/15-18, 7 de septiembre de 2009, párrafo 15.; Anaya, James. Informe del Relator Especial Sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, párrafos 60 y 61.; Comisión IDH. Comisión IDH. Informe de Fondo Nº 176/10. Casos 12.576, 12.611 y 12.6112. Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y Otros Vs. OEA/Ser.L/V/II.140 Chile, 5 de noviembre de 2010. El caso se envió a la Corte IDH el 7 de agosto de 2011.

En el marco del seminario internacional[28] "Terrorismo y Estándares en Derechos Humanos" (noviembre de 2011), organizado por la Oficina Regional del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el INDH, el actual Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, señaló que "[l]a aplicación de [una] legislación excesivamente amplia en materia antiterrorista, o el abuso de tales leyes, también puede ser contraproducente y hacer que las medidas adoptadas por los Estados en la lucha contra el terrorismo sean ineficaces" (Emmerson, 2011, pág. 51).

Caso "bombas"[29]

La colocación de artefactos explosivos, en el marco de un Estado de derecho merece el más absoluto repudio, y frente a hechos de esa naturaleza pesa la obligación del Estado de esclarecer los hechos y determinar las responsabilidades penales que correspondan. Dicha acción debe darse en el marco del respeto a las obligaciones que en materia de derechos humanos tiene el Estado.

Desde 2006, en la Región Metropolitana tuvo lugar un conjunto de hechos que el Ministerio Público calificó de terroristas, constitutivos de la existencia de una asociación ilícita que perpetró "atentados contra el orden social establecido, las personas y la propiedad pública y privada"[30]. En el marco de dichos hechos el Ministerio Público realizó una investigación. En la madrugada del sábado 14 de agosto de 2010, bajo la dirección del entonces fiscal Alejandro Peña, se llevó a cabo la denominada "Operación Salamandra" en la que resultaron detenidas 14 personas en Santiago y Valparaíso acusadas de asociación ilícita terrorista y colocación de artefactos explosivos en calidad de terroristas[31]. En promedio, la mayoría de estas personas estuvo en prisión preventiva por un período de ocho meses, recluidas en la Unidad Especial de Alta Seguridad (U.E.A.S) de la Cárcel de Alta Seguridad de Santiago, con un régimen de encierro y riguroso asilamiento de 22 horas diarias.

El 4 de abril de 2011, luego de casi cinco años de investigación, el entonces Fiscal Regional formuló acusación a las personas detenidas. Dos días después renunció y asumió funciones en la Subsecretaría del Interior, parte querellante, y por lo tanto, interesada en el proceso. Ello, a lo menos formalmente pone en tensión el principio de objetividad con el que el Ministerio Público debe obrar y conforme al cual, los fiscales "[d]eberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o atenúen"[32]. Al respecto la Corte IDH ha sostenido que "[l]os fiscales deben velar por la correcta aplicación del derecho y la búsqueda de la verdad de los hechos sucedidos, actuando con profesionalismo, buena fe, lealtad procesal, considerando tanto elementos que permitan acreditar el delito y la participación del imputado en dicho acto, como también los que puedan excluir o atenuar la responsabilidad penal del imputado"[33]. Este principio, denominado de la objetividad, se encuentra reñido con conductas que expresen parcialidad y falta de independencia en la investigación a cargo de un fiscal que, estando en pleno ejercicio de sus facultades legales, entra en negociaciones laborales con una de las partes del proceso.

28 Seminario Internacional: Terrorismo y Estándares en Derechos Humanos. 15 de noviembre de 2011, Santiago.

29 En las Sesiones Nº 14 de 25 de octubre de 2010 y Nº 35 de 14 de marzo de 2011, el Consejo del INDH dispuso se realizara observación del proceso penal RIT Nº 6564-2010, RUC Nº 1000636602-9 del 11 Juzgado de Garantía de San Miguel, RIT Nº 3418-2007 RUC Nº 0700277303-6, del 8 Juzgado de Garantía de Santiago, a fin de constatar eventuales violaciones al debido proceso.

30 Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Causa RIT Nº 138-2011. RUC Nº 0700277303-6. 13 de julio de 2012. Considerando Segundo (Acusación Fiscal).

31 Representantes del Observatorio para la Protección de los Defensores de Derechos Humanos, programa conjunto de la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) y de la Organización Mundial contra la Tortura (OMT), denunciaron hechos de violencia desproporcionada en los procedimientos practicados.

32 Código Procesal Penal. Art. 77: "Facultades. Los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público." Por su parte, el art. 3º de la Ley Nº 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público prescribe que "[E]n el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o atenúen".

33 Corte de Apelaciones de Santiago. Reforma Procesal Penal Nº 1159-2012 y Nº 1164-2012. 15 de mayo de 2012.

Un conjunto de cuestionamientos emergieron en relación con este proceso y particularmente sobre la calidad de la investigación y el acompañamiento de pruebas orientadas más bien a perfilar la personalidad de los imputados que a la constatación de los hechos materia de la acusación. En el marco de la audiencia de preparación del juicio oral, un 60% de la prueba ofrecida por el Ministerio Público fue excluida por el 8º juzgado de Garantía de Santiago[34], lo que motivó que el Ministerio Público solicitara el sobreseimiento definitivo respecto del delito de asociación ilícita terrorista, que fue dictado por resolución de 4 de octubre de 2011, continuando el juicio con seis de los 14 acusados.

El juicio oral se inició el 28 de noviembre de 2011. Durante el transcurso del mismo tuvieron lugar diversos incidentes. Uno de ellos relacionado con la impugnación por supuesta imparcialidad a los integrantes del tribunal que estaban conociendo del caso. El 15 de mayo de 2012, la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó por unanimidad la recusación[35] presentada por la Fiscalía Sur y el Ministerio del Interior. En la misma oportunidad condenó a la Fiscalía y al Ministerio del Interior a pagar las costas e impuso a ambos el pago de una multa.

Ante estos hechos, el 8 de mayo de 2012, a petición de 49 diputados, se constituyó la Comisión Especial Investigadora acerca de las actuaciones y responsabilidades de los organismos del gobierno en el denominado "caso bombas", cuyos resultados están pendientes a la fecha de redacción del presente Informe.

El Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago[36], dictó sentencia unánime por la cual se absolvió de los cargos a los seis acusados por los dos únicos delitos en que quedó la acusación: colocación de artefactos explosivos en calidad de terroristas y financiamiento de asociación ilícita terrorista. La condena absolutoria constituyó un llamado de atención al Ministerio Público y querellantes particulares, por cuanto se entendió que no se acreditaron debidamente los hechos investigados ni las participaciones, y en el marco del juicio se hizo uso de prueba de procedencia ilegal, incompleta y no pertinente. El Tribunal desestimó adicionalmente la calificación jurídica sostenida por el acusador, querellante particular y adherentes, al estimar que la finalidad o decisión subjetiva terrorista no fue acreditada[37].

Igualmente calificó la investigación seguida por el Ministerio Público como incompleta y revestida de un sesgo de parcialidad, "[c]onsiderando que sólo fueron perseguidos por estos hechos personas habitantes en las denominadas casas ocupa y a quienes se les atribuyó la adhesión a la corriente insurreccionalista del anarquismo, en circunstancias que se demostró en el juicio, que dentro de estos inmuebles no sólo habitaban seguidores de la corriente anarquista, sino otros que propugnaban idearios diversos; y que además, realizaban actividades sociales y de educación, que incluso eran patrocinadas por la autoridad gubernamental ( )"[38]. Advirtió, además, que respecto de a lo menos un acusado, una de las piezas principales de cargo[39], no se acreditó el cumplimiento de la garantía procesal que consiste en dar a conocer los derechos que a todo imputado/a corresponden (guardar silencio, contar con abogado defensor al momento de declarar), desechando de esta manera la declaración extrajudicial prestada por este individuo.

En materia de informes periciales, el Tribunal detectó irregularidades estimando que el desempeño de los peritos ofrecidos por el Ministerio Público "[c]onstituyen una infracción grave de sus obligaciones, y en particular, la de asumir la responsabilidad por sus actuaciones ( )"[40]. Finalmente, y respecto a estas irregularidades, ordenó remitir los antecedentes a la fiscalía Metropolitana Centro Norte, "[c]on el objeto que investigue la existencia de eventuales delitos, tales como falso testimonio prestado en causa criminal, obstrucción a la investigación, y otros, cometidos con ocasión de las declara-

34 8º juzgado de garantía de Santiago RUC Nº 1000636602-9.

35 Corte de Apelaciones de Santiago. Reforma Procesal Penal Nº 1159-2012 y Nº 1164-2012. 15 de mayo de 2012.

36 Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Causa R.I.T. Nº 138-2011. R.U.C. Nº 0700277303-6. 13 de julio de 2012

37 Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Causa RIT Nº 138-2011. RUC Nº 0700277303-6. 13 de julio de 2012. Considerando Décimo Séptimo.

38 Ibídem.

39 Confesión extrajudicial del imputado Gustavo Fuentes Aliaga.

40 Entre estas irregularidades está la de aparecer firmando informes periciales presentados a juicio y a su nombre, sin que ello sea veraz. Se trata de informes evacuados por peritos del Laboratorio de Criminalística de Carabineros (LABOCAR) y Peritos de la PDI.

ciones que más arriba se han desestimado"[41]. Además, como consecuencia del juicio, se condenó al Ministerio Público y adherentes al pago de las costas[42], al no encontrar el tribunal fundamentos que permitiera eximirlos de este pago.

Ante esta sentencia, el Ministerio Público y el Ministerio del Interior recurrieron de nulidad ante la Corte Suprema argumentando, en parte, la infracción a garantías constitucionales[43] en las que habría incurrido el Tribunal Oral en lo Penal, como la lesión a las normas del debido proceso. La Corte Suprema, con fecha 10 de octubre de 2012, en fallo unánime desestimó acoger la petición de nulidad argumentando que las normas del debido proceso están establecidas y concebidas a favor de la persona[44]. Por tanto, el Ministerio Público y el Ministerio del Interior son destinatarios de estas normas en cuanto sujetos responsables de garantizarlas y respetarlas mas no para favorecerse de aquello de lo que no es titular. De esta manera, y ante la evidencia que se trata de un derecho que pretende evitar el abuso del poder del Estado, es que se "ha sostenido también que el debido proceso no tiene realmente por objeto instaurar la igualdad entre contendientes de poderes equiparables, sino asegurar el respeto del más débil por otra parte de la potestad punitiva centralizada [...]"[45]. Los derechos humanos, de los que hace parte el derecho a un debido proceso, dijo la Corte, "históricamente [...] fueron reconocidos, y si se quiere decir: declarados, para proteger a la persona de los excesos del Estado, cabe preguntarse cómo podríamos justificar que éste también es titular de los mismos, puesto que, con palabras de Luigi Ferrajoli, "se trata de derechos hacia y, si es necesario, contra el Estado, o sea contra los poderes públicos aunque sean democráticos o de mayoría", (Derechos Fundamentales, en Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales, Editorial Trotta, p. 38)"[46].

Caso Pitronello

El segundo caso que genera debate en relación a la invocación de la ley que sanciona y determina conductas terroristas, cuyo fallo fue dictado por el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, el 15 de agosto de 2012, es el "Caso Pitronello"[47]. El Ministerio Público presentó una acusación por colocación de artefacto explosivo terrorista y utilización a sabiendas de placa patente falsa o que correspondan a otro vehículo.

Desestimando la calificación jurídica de acto terrorista por mayoría, el tribunal encuadró la conducta del imputado en el delito de posesión de bombas previsto en la Ley 17.798 sobre control de armas y del delito de daños sancionado en el artículo 487 del Código Penal[48]. Fue condenado también por el delito de conducción a sabiendas de vehículo con placa patente que correspondía a otro, contemplado en ley 18.290 de Tránsito[49]. Finalmente, por decisión de mayoría se concedió el beneficio alternativo de cumplimiento en libertad vigilada[50].

El fallo[51] de mayoría pone en evidencia la diversidad de miradas en el debate público sobre cómo legislar y aplicar la normativa sobre terrorismo, lo que constituye un desafío para una política de seguridad ciudadana democrática. Así, la sentencia por mayoría planteó que los medios empleados,

41 Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Causa RIT Nº 138-2011. RUC Nº 0700277303-6. 13 de julio de 2012. Considerando Vigésimo Quinto.

42 Ibídem.

43 Causal contemplada en el art. artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

44 Dicho aserto sostenido por los sentenciadores no es compartido por el Ministro Hugo Dolmestch en el sentido que tanto el Ministerio Público y el Ministerio del Interior gozan de legitimación activa para deducir la causal invocada.

45 Corte Suprema Sentencia Causa Rol Nº 5654-12 de 10 de octubre de 2012, Considerando Décimo.

46 Corte Suprema Sentencia Causa Rol Nº 5654-12 de 10 de octubre de 2012, Considerando Décimo Primero.

47 El 01 de junio 2011 a las 02:25 de la madrugada, el acusado Luciano Pitronello Schuffeneger junto con un segundo sujeto a la fecha no individualizado, activó en las inmediaciones de una sucursal bancaria un artefacto explosivo casero, a consecuencia de lo cual resultó con diversas lesiones de consideración.

48 Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. RUC Nº 1100557630-1; RIT Nº 150-2012. 15 de agosto de 2012. Considerando Vigésimo Tercero.

49 Ibídem.

50 RUC Nº 1100557630-1; RIT Nº 150-2012. Considerando Vigésimo Octavo. Cabe consignar que, en voto disidente, el magistrado Antonio Ulloa Márquez no compartió la calificación jurídica que el tribunal efectuó coincidiendo con la atribuida por los acusadores (Considerando Vigésimo Noveno).

51 El 25 de agosto la Fiscalía Metropolitana Sur dedujo recurso de nulidad con el objetivo de dejar sin efecto la resolución que absolvió de delito terrorista y condenó a seis años de libertad vigilada al acusado, el que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago.

por sí solos, no constituyen un elemento del delito terrorista, y que solo lo sería en la medida en que dicho medio (en este caso colocar un artefacto explosivo casero) se oriente a la "finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie"[52]. En esa perspectiva, el Tribunal razonó que el medio empleado en este caso, por su naturaleza y efectos, no era apto a los fines requeridos por la ley[53].

Adicionalmente, el fallo de mayoría argumentó que la ideología del acusado no podía ser considerada como parte de los factores a tener en cuenta para dar por probado el carácter de los hechos que se atribuían, ya que ello "constituye una argumentación inadmisible [...] y contrario a un ordenamiento jurídico que sanciona conductas, mas no ideas ni formas de ser, ya que supone atender y estigmatizar tales líneas de pensamiento, más que los comportamientos que son el objeto de reproche penal"[54].

El voto de minoría, por el contrario, sostuvo que "[c]onsidera improcedente, por ser atentatorio al principio de legalidad y tipicidad, la recalificación sostenida [por el voto de mayoría], reiterando que en la especie la "colocación, activación y detonación", están especialmente sancionados [en la ley que determina conductas terroristas], sosteniendo que no existe un tipo penal descrito en la Ley de Control de Armas que se ajuste a la conducta desplegada por el acusado Luciano Pitronello"[55].

Tanto en el caso "bombas" como en el caso Pitronello se evidencia una invocación de esta ley basada en supuestos que pueden ser discriminadores. En estos casos, tal discriminación estaría constituida por la apariencia o la ideología política de las personas imputadas, más allá de la verificación de si participaron en hechos delictuales concretos y si tales hechos ameritaban una calificación excepcional, como es la terrorista.

Resulta pertinente recordar la Observación General Nº 32 del Comité de Derechos Humanos, que establece que "la presunción de inocencia, que es fundamental para la protección de los derechos humanos, impone la carga de la prueba a la acusación, garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable, asegura que el acusado tenga el beneficio de la duda, y exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este principio. Todas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado"[56], teniendo especialmente en cuenta que "la presunción de inocencia puede ser violada no sólo por el juez o una Corte sino también por otra autoridad pública"[57]. Asimismo el Código Procesal Penal recoge este principio en su art. 4 al señalar que "ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme".

Juicios seguidos contra comuneros mapuche

Otros casos en que se ha acudido a la legislación antiterrorista es a propósito de su aplicación a integrantes del pueblo mapuche, en el marco de las reivindicaciones por derechos políticos y territoriales. En estos casos se ha podido observar la disminución de garantías procesales, especialmente por el uso de testigos con identidad reservada para sustentar la acusación y posterior condena.

52 Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. RUC Nº 1100557630-1; RIT Nº 150-2012. 15 de agosto de 2012. Considerando Décimo Séptimo.

53 Ibídem.

54 Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. RUC Nº 1100557630-1; RIT Nº 150-2012. 15 de agosto de 2012. Considerando Vigésimo.

55 Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. RUC Nº 1100557630-1; RIT Nº 150-2012. 15 de agosto de 2012. Voto de minoría sostenido por el magistrado Sr. Antonio Ulloa Márquez, quien no compartió la calificación jurídica que el tribunal por mayoría efectuó, coincidiendo con la atribuida por los acusadores. Fue del parecer, por tanto, de condenar al acusado señor Luciano Pitronello Schuffeneger, como autor ejecutor del delito de colocación, activación y detonación de un artefacto explosivo con finalidad y objetivo terrorista. Considerando Décimo Quinto "Improcedencia legal de recalifica los hechos establecidos en juicio".

56 Comité de Derechos Humanos. Observación General Nº 32, párr. 30.

57 Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 159.

Este tema fue discutido en el transcurso del año a partir del denominado caso "Fundo Brasil"[58] donde se investigan, entre otros delitos, el de incendio terrorista. La jueza de Garantía de Temuco, en audiencia de cautela de garantías[59], resolvió a favor de la defensa de los mapuche imputados, con el objetivo de que el Ministerio Público proporcione bajo reserva la identificación completa de los testigos, en razón a cautelar el derecho al debido proceso y en atención a los principios de publicidad, transparencia e inmediación que rigen el proceso penal, además de la garantía constitucional de acceder a una defensa técnica. El Ministerio Público presentó un recurso de protección a favor de los testigos con identidad protegida, siendo rechazado por la Corte de Apelaciones de Temuco. El 28 de junio de 2012, la Corte Suprema[60] confirmó tal rechazo.

En el denominado caso "Peaje Quino"[61] que involucra mapuches imputados, los Jueces del Tribunal Oral en lo Penal de Angol[62] absolvieron a todos los comuneros imputados por decisión unánime (24 de agosto de 2012). Inicialmente, la acusación fiscal persiguió entre otros delitos el de asociación ilícita terrorista. El Ministerio del Interior y Seguridad Pública, por su parte, sólo perseveró en las responsabilidades por delitos comunes, entre ellos el de homicidio reiterado en grado de frustrado. Cabe recordar que uno de los imputados en esta causa[63] fue parte de la extensa huelga de hambre que se extendió por 82 días, sostenida por 32 jóvenes mapuche en demanda de un juicio justo, y que motivó las modificaciones introducidas a la ley que determina y sanciona conductas terroristas (octubre de 2010), así como el compromiso del gobierno de desistirse de invocar dicha ley en los procesos abiertos hasta esa fecha.

La causa por el caso de "Peaje Quino" se siguió en contra de diez comuneros mapuche, dos de los cuales son menores de edad, por lo que se separaron las acusaciones[64]. Por unanimidad, el Tribunal dictaminó que en virtud de la prueba rendida, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública no tenía fundamentos "[j]urídicos para efectuar un juicio de reproche, y que estos se estiman insuficientes para destruir la presunción de inocencia que ampara a los enjuiciados; por ende, deberán ser absueltos de la acusación deducida en su contra, porque nadie puede ser condenado por delito sino cuando el Tribunal que lo juzgare adquiera, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se ha cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido a los imputados una participación culpable y penada por la ley, convicción que el tribunal, en la especie no estuvo en condiciones de adquirir"[65]. Los acusados pasaron entre cuatro y seis meses en prisión preventiva. El defensor penal público Jaime López señaló que "[e]ste caso se cae, más que por la ausencia de la Fiscalía, por la ausencia del testigo secreto, ya que efectivamente al quedar fuera su testimonio, casi no quedó prueba de cargo, lo que indica que el juicio completo descansaba en su testimonio. Dicho de otra forma, en más de dos años de investigación no se encontró prueba alguna que ratificara esa versión" (El Ciudadano, 2012).

LEY DE SEGURIDAD DEL ESTADO

En el tratamiento jurídico de los hechos ocurridos en la Región de Aysén a inicios de 2012, el gobierno decidió invocar la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado. Dicho cuerpo

58 De acuerdo a lo sostenido por el Ministerio Público, el día 11 de septiembre del año 2009, un grupo de sujetos armados, entre ellos los acusados, se trasladaron hasta el Fundo Brasil, comuna de Vilcún, donde luego de sustraer mediante intimidación una escopeta a los cuidadores del predio, incendiaron la casa patronal y otras dependencias destinadas a bodegas, las que resultaron quemadas.

59 En investigación RUC Nº 0910021481-1, RIT Nº 7218-2009 del Juzgado de Garantía de Temuco. El 15 de marzo de 2012 se llevó a efecto la audiencia en la que la defensa argumentó que la identidad de los testigos reservados ya era conocida de los defensores, pues fueron presentados en una causa en Victoria, y no observaban razones para insistir en la reserva de identidad, por cuanto las circunstancias son similares, accediéndose la petición de la defensa.

60 Corte Suprema. Rol Nº 3065-2012. 28 de junio de 2012.

61 Entre la noche del 10 y la madrugada del 11 de octubre de 2011, un grupo aproximado de 15 personas asaltaron el peaje situado en el kilómetro 4 de la Ruta CH-181, que une Victoria y Curacautín, y quemaron un camión.

62 Tribunal Oral en lo Penal de Angol. RUC Nº 0900969218-2 RIT Nº: 58/2012.

63 Se trata del comunero mapuche Camilo Hipólito Toris Quiriñao.

64 En juicio seguido en contra de los adultos, durante la audiencia de preparación del juicio oral (realizada entre el 26 de marzo y el 9 de abril de 2012 en el Tribunal de Garantía de Victoria), se tuvo por no presentada la acusación del Ministerio Público pues sus abogados no subsanaron vicios formales que el Tribunal ordenó corregir. Ello generó que se presentaran una serie de recursos, todos los cuales fueron finalmente resueltos contra el Ministerio Público, el que quedó fuera del caso y la acusación sólo circunscrita a la investigación de hechos calificados a la luz de la ley penal ordinaria.

65 Veredicto Tribunal Oral en lo Penal de Angol. RUC Nº 0900969218-2 RIT Nº: 58/2012. pág. 1.

normativo ha sido objeto de debate acerca de su conformidad con los estándares de derechos humanos[66].

Los problemas que generan debate son, entre otros, que esta legislación eleva a categoría agravada figuras como los desórdenes públicos y otros ilícitos referidos tanto a la seguridad interna como externa. De esta manera, exacerba la penalidad y el rigor de la sanción penal de manera especial, en circunstancias que el ordenamiento jurídico nacional referido al orden y la seguridad pública contempla un conjunto de disposiciones, y un vasto catálogo, particularmente en el Título VI Libro II del Código Penal denominado: "Crímenes y simples delitos contra del orden y la seguridad públicos cometidos por particulares". En relación a los desórdenes públicos estos se encuentran descritos y sancionados en el art. 269 del referido cuerpo legal.

En segundo lugar, este cuerpo legal lesiona las garantías judiciales básicas al contemplar tipos penales que contravienen los principios de legalidad y tipicidad. En este sentido, comparte con la ley que sanciona conductas terroristas descripciones de hechos punibles difíciles de interpretar y calificar jurídicamente como hechos efectivamente delictuales, por carecer las conductas sancionadas de la precisión requerida por la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos. Es el caso, en el ámbito de la seguridad interior, de hechos como los de reunirse, concertarse o facilitar reuniones "[d]estinadas a proponer el derrocamiento del gobierno constituido o a conspirar contra su estabilidad" (art 4 letra c). En el ámbito de los delitos contra el orden público, el problema es que la legislación no define el concepto de orden público y tampoco aclara con nitidez el bien jurídico protegido[67]. La legislación de Seguridad del Estado incurre en imprecisiones al sancionar con penas agravadas los delitos contra el orden público contemplados en el art. 6 de dicho cuerpo legal, entre los que se encuentran hechos diversos como: "a) Los que provocaren desórdenes o cualquier otro acto de violencia destinado a alterar la tranquilidad pública; y b) Los que ultrajaren públicamente la bandera, el escudo, el nombre de la patria o el himno nacional".

En este marco, la invocación de la Ley de Seguridad del Estado entraña adicionalmente un adelantamiento de la punibilidad al establecer sanciones drásticas a conductas que ni siquiera están en estado consumado. Un ejemplo es el art 6 letra c) que sanciona por igual al que incite, promueva o fomente, como al que destruya o inutilice o paralice "las instalaciones, los medios o elementos empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública o de actividades industriales, mineras, agrícolas [...]", y los que, en la misma forma, impidan o dificulten el libre acceso a dichas instalaciones, medios o elementos".

Finalmente ha de señalarse que quien se encuentra legitimado activamente para invocar la persecución penal para esta clase de delitos no es el Ministerio Público, sino fundamentalmente la autoridad política. De esta manera, y de conformidad al art. 26, las acciones penales descritas en la Ley de Seguridad del Estado sólo podrán "ser iniciadas por denuncia o querella del Ministerio del Interior, del Intendente Regional respectivo o de la autoridad o persona afectada. [...] Si la autoridad afectada es alguna de las ramas del Congreso Nacional o la Corte Suprema, la denuncia o querella a que se refiere el inciso anterior sólo podrá efectuarla o interponerla, en su caso, el Presidente de la respectiva Corporación". Igualmente, en todo tiempo, el Ministerio del Interior o el/la Intendente/a podrán desistirse de la denuncia o querella lo que extinguirá la acción y la pena (art. 27). Se ha sostenido que ello "lleva aparejado un elemento de discrecionalidad que no se compadece con los requerimientos de la moderna doctrina penal" (Felipe González, 1991, p. 241).

66 Cabe recordar que, en relación al conflicto intercultural entre el Estado de Chile y los pueblos indígenas, el Comité DESC advirtió su profunda preocupación por la aplicación de leyes especiales, entre ellas, la ley de Seguridad del Estado. En ese contexto recomendó al Estado abstenerse de aplicar esta ley. Comité DESC. Observaciones finales. 26 de noviembre de 2004. E/C.12/1/Add.105, párrs. 14 y 34.

67 Ver el estudio de González, Felipe; Mera, Jorge y Vargas, Juan Enrique. Protección Democrática de la Seguridad del Estado. Estados de excepción y Derecho Penal Político, págs. 230 y siguientes.

Los antecedentes de esta norma dan cuenta de una conminación penal a actos de disidencia social y representa un resabio del derecho penal de enemigo[68]. La concepción de seguridad interior del Estado y diversas figuras penales plasmadas en ella como las de penalizar el paro o la huelga de los servicios públicos, dan cuenta de lo señalado. Por lo mismo, la utilización de esta Ley suele constituir un mensaje de rechazo al diálogo y a la búsqueda pacífica y democrática de soluciones y puede generar un efecto silenciador en el resto de la población que quisiera plantear demandas similares.

Desde la recuperación de la democracia se ha persistido en invocar la Ley de Seguridad del Estado[69]. Dicha invocación podría provocar tensiones para la garantía de derechos fundamentales en el marco de un Estado democrático de derecho.

68 En efecto, los antecedentes de este cuerpo normativo lo encontramos en la Ley Nº 6.026, de 12 de enero de 1937, cuerpo legal que posteriormente fue modificada por la Ley Nº 8.987, de septiembre de 1948, de Defensa Permanente de la Democracia, por la que se ilegalizó, proscribió y persiguió penalmente al Partido Comunista. El 6 de agosto de 1958 se deroga dicha ley y en su reemplazo se dicta la ley Nº 12.927, sobre seguridad del Estado, que considera y trata en forma sistemática y separada la seguridad exterior y la seguridad interior del Estado. Finalmente, con fecha 26 de agosto de 1975, se dicta el Decreto Nº 890, del Ministerio del Interior, que procede a fijar el texto actualizado y refundido de la mencionada ley Nº 12.927, a la fecha vigente. La última modificación fue la introducida por la Ley Nº 20.477 (diciembre de 2010).

69 Esta ley se ha aplicado en democracia en 1999, a partir de la orden de incautar el libro "El libro negro de la Justicia Chilena" de la periodista Alejandra Matus que contenía críticas al entonces Ministro de la Corte Suprema, Servando Jordán; dos años más tarde el entonces Comandante subrogante de aviación, Hernán Gabrielli Rojas, dedujo requerimiento por injurias y calumnias contra la autoridad, contra tres ciudadanos que afirmaban públicamente que el citado General estaba involucrado en crímenes de lesa humanidad (Flores, 2001). La causa fue cerrada a los pocos meses (Fasic, 2001). En el 2002, como consecuencia de una movilización del gremio de microbuseros que significó la paralización del transporte público, el ex presidente Ricardo Lagos interpuso una querella persiguiendo responsabilidades de los dirigentes gremiales, en virtud de la responsabilidad que les cabría en los ilícitos de paralización e interrupción del transporte público e impedir el libre tránsito por las arterias de uso público. El Poder Ejecutivo invocó la ley en mayo de 2009, frente al paro de la asociación nacional de empleados penitenciarios que reivindicaban mejoras salariales y condiciones laborales. El gobierno dedujo en contra de los huelguistas requerimiento por Ley de Seguridad del Estado, por entorpecer el correcto funcionamiento de los servicios públicos (Muñoz, 2009). Finalmente, dicho cuerpo normativo ha sido aplicado a integrantes de pueblos indígenas en el marco del conflicto intercultural. Esto ha sido motivo de preocupación por parte de órganos de control de tratados, los que han formulado recomendaciones en orden a que el Estado se abstenga de no aplicar leyes especiales en el marco de las reclamaciones legítimas de los indígenas (Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. E/C.12/1/Add.105. 26 de noviembre de 2004, párr. 14 y 34).

En el caso de Aysén, ante la violencia producida en el lugar, el 16 de marzo de 2012 el Ministro del Interior y Seguridad Pública invocó la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado en contra de 22 habitantes de Puerto Aysén, Villa Mañihuales, Lago Verde y Puerto Cisnes. En particular, se adjudicó a los querellados responsabilidad por delitos contra el orden público, descritos y sancionados en el artículo 6 de la referida ley. De las siete hipótesis contempladas por la legislación para perpetrar dicho delito[70], el Ministerio del Interior invocó tres: provocar desórdenes o cualquier otro acto de violencia destinado a alterar la tranquilidad pública; incitar, promover o fomentar, o de hecho interrumpir o dañar las instalaciones, los medios o elementos empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública o de actividades industriales, mineras, agrícolas, comerciales de comunicación, de transporte o de distribución, y los que, en la misma forma, impidan o dificulten el libre acceso a dichas instalaciones, medios o elementos; e incitar, promover o fomentar o de hecho y por cualquier medio, destruir, inutilizar o impedir el libre acceso a puentes, calles, caminos u otros bienes de uso público semejantes (Art. 6 letras a, c y d Ley 12.927). Los hechos en los que se apoyó la acción penal fueron, entre otros, "múltiples, periódicos y sistemáticos desórdenes y actos de violencia destinados a alterar la tranquilidad pública de la región; se han destruido, inutilizado o impedido el libre acceso a puentes, calles, caminos y otros bienes de uso público de toda o gran parte de la mencionada zona geográfica. Producto de lo anterior, se ha interrumpido el funcionamiento de los servicios públicos o de utilidad pública y de las distintas actividades de salud, educación, industriales, comerciales, mineras, de turismo y de distribución de todos los productos en gran parte de la Región de Aysén, el cierre del comercio establecido; saqueos a inmuebles, la paralización completa del transporte público y seriamente restringido el transporte privado, bloqueos de las principales vías de acceso, el cese del flujo vehicular y peatonal […]"[71]. Como lo señaló el Ministerio del Interior y Seguridad Pública a través de la querella intentada,

70 Por ejemplo, ultrajar públicamente la bandera, el escudo, el nombre de la patria o el himno nacional es una de la hipótesis contemplada (letra b, art. 6 Ley Nº 12.927).

71 Ministerio del Interior. Querella por Ley sobre Seguridad del Estado, págs. 3 y 4.

"[e]stas situaciones se han ocasionado con ocasión de la instalación en la región del Movimiento Social por Aysén que pretende obtener demandas sociales y económicas por parte del Gobierno"[72].

De acuerdo a los fundamentos expuestos por la autoridad, los querellados se exponían a penas que iban de tres a diez años de cárcel[73] No obstante, una vez reanudada la negociación con la Mesa Social por Aysén, el gobierno se desistió de perseverar en el ejercicio de esta norma, dictándose el sobreseimiento definitivo. Cabe destacar lo positivo de este desistimiento, no solo por favorecer el diálogo entre las partes, sino porque además el castigo judicial que buscaba el gobierno ante posibles delitos ya era posible de alcanzar utilizando otras figuras penales, sin existir la necesidad de recurrir a una normativa excepcional como la Ley de Seguridad del Estado.

72 Ministerio del Interior. Querella por Ley sobre Seguridad del Estado, pág. 4.

73 Las penas asignadas varían de acuerdo a las hipótesis que se logren acreditar, los resultados de la acción criminal desplegada y el tiempo en que se cometan (Tiempo de Guerra o de paz) Cfr. art. 7, Ley Nº 12.927.

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, V. (2012). Condiciones para el gobierno político de la seguridad. *Seminario Internacional Seguridad Democrática y Derechos Humanos.* Santiago.

Arduino, I. (2012). Apuntes para el desarrollo de políticas públicas en materia de seguridad: Algunas experiencias a nivel nacional. *Seminario Internacional Seguridad Democrática y Derechos Humanos.* Santiago.

Bustos, J. (1994). Manual de Derecho Penal. PPU Centro de Estudios Legales y Sociales y otros. *Más derechos, más seguridad. Más seguridad, más derechos.* Buenos Aires.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas.* Washington DC. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2 de Agosto de 2012). CIDH condena heridas a niños y niñas mapuche en operativo policial en Chile. Washington DC.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos.* Washington DC.

Corporación Humanas. (28 de agosto de 2012b). *No son casos aislados y eso nos preocupa.*

Corporación Humanas. (21 de agosto de 2012a). *Piden comisión investigadora por abusos sexuales de Carabineros a escolares.* Obtenido de www.humanas.cl

Dammert, L. (2012). El populismo penal, ¿existe otro camino? *Seminario Internacional Seguridad Democrática y Derechos Humanos.* Santiago.

Duce, M., & Riego, C. (2011). *La prisión preventiva en Chile: Análisis de lso cambios legales y su impacto.* Santiago: Ediciones UDP.

EFE. (2 de Marzo de 2012). Familia de aisenino Teófilo Haro se querella contra Carabineros. *El Mostrador.*

El Ciudadano. (27 de agosto de 2012). *Absuelven a todos los comuneros mapuche imputados por ataque a peaje Quino.* Recuperado el 2 de octubre de 2012, de http://www.elciudadano.cl/2012/08/27/56486/absuelven-a-todos-los-comuneros-mapuche-imputados-por-ataque-a-peaje-quino/

Emmerson, B. (2011). Seminario Internacional Terrorismo y estándares en derechos humanos. Santiago.

Fasic. (octubre de 2001). *Derechos Humanos en Chile.* Recuperado el 2 de octubre de 2012, de http://www.fasic.org/bol/bol01/bol0110.htm

Felipe González, J. M. (1991). *Protección Democrática de la Seguridad del Estado. Estados de excepción y Derecho Penal político.* Santiago: Universidad Academia de Humanismo Cristiano.

Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y Razón. Madrid: Trotta.*

Flores, L. (12 de febrero de 2001). *emol.com.* Recuperado el 2 de octubre de 2012, de http://www.emol.com/noticias/todas/2001/02/12/45970/general-gabrielli-pide-aplicacion-de-ley-de-seguridad-interior-del-estado.html

Fuentes, C. (2011). Reflexiones sobre los determinantes políticos de la seguridad ciudadana. *Seguridad Ciudadana en América Latina.*

Fundación Pro Acceso y Paz Ciudadana. (2012). *Acceso a la información pública y seguridad ciudadana en Chile.* Santiago.

Garrido, M. (1997). *Derecho Penal, parte general.* Santiago: Editorial Jurídica.

Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. (2008). *Transparencia: ruta para la eficacia y legitimidad en la función social.* México DF.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2010). *Informe Anual 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011a). *Informe Anual 2011. Situación de los derechos humanos en Chile.* Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2012c). *Informe Misión de Observación a Freirina.* Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2012a). *Informe Misión de Observación a Región de Aysén.* Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2012b). *Informe Misión de Observación Región de la Araucanía.* Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011b). *Informe sobre Programa de Seguimiento y Registro de Abusos Policiales.* Santiago.

Muñoz, D. (2009 de mayo de 2009). *emol.com.* Recuperado el 2 de octubre de 2012, de http://www.emol.com/noticias/nacional/2009/05/19/358886/ante-paro-de-gendarmes-gobierno-se-querello-por-infraccion-a-ley-de-seguridad-del-estado.html

Piña, J. I. (2012). Dos caminos convergentes al despeñadero: Percepción social de inseguridad y fe irracional en las penas. *Seminario Internacional Seguridad Democrática y Derechos Humanos.* Santiago.

Piquer, A. (2 de Agosto de 2012). *Por qué nos preocupa la "Ley Hinzpeter".* Recuperado el 28 de Septiembre de 2012, de www.elmostrador.cl

Senado. (30 de Agosto de 2012). *Comisión de DDHH y general director de Carabineros concuerdan en condenar detención irregular de menores en Rancagua.* Obtenido de http://www.senado.cl/prontus_galeria_noticias/site/artic/20120830/pags/20120830122841.html

Tudela, P. (2012). Función policial y derechos humanos: Estándares, problemas y mejora continua. *Seminario Internacional Seguridad Democrática y Derechos Humanos.* Santiago.

Unicef. (24 de Abril de 2012). Declaración Pública Comunidad de Temucuicui. Santiago.

Vial, P. (2012). *Populismo penal hoy. Seminario Internacional Seguridad Democrática y Derechos Humanos.* Santiago.

Zaffaroni, E. (2009). *El enemigo en el derecho penal.* Buenos Aires: Ediar.

2

DERECHO A LA EDUCACIÓN





Fotografías: Enrique Cerda

DERECHO A LA EDUCACIÓN



ANTECEDENTES

La educación es el principal motor del desarrollo del país y factor clave de la movilidad social. Esto es parte de lo que recoge el debate público que se ha generado con las movilizaciones estudiantiles, sin embargo, y pese a su importancia, no existe consenso sobre cuál o cuáles son los problemas específicos que la afectan y tampoco lo hay sobre las soluciones que se requieren. Cualquier reforma de que sea objeto la educación en Chile requiere de una propuesta de largo plazo y fundada en amplios consensos, ya que sus resultados impactarán a generaciones del Chile futuro.

El ejercicio del derecho a educación y el rol del Estado en ella se inscriben dentro de un marco político institucional de configuración mixta en el que el Estado cumple una función subsidiaria. En efecto, a la debilidad en materia de reconocimiento constitucional de este derecho se agrega el rol pasivo de un Estado que, desde la década de los 80, se ha limitado al financiamiento de la provisión de servicios educacionales. El proceso de municipalización y el diseño del sistema de subvenciones, así como la fragmentación de las universidades del Estado y la proliferación de universidades privadas, hacen parte de dicho proceso que se consolidó durante los 90, con la regulación que permite el financiamiento compartido en la educación subvencionada y la generación de sistemas de crédito privado para el financiamiento de estudios superiores. Ambos procesos fueron desplazando la matrícula hacia el sector privado, con una reducción de la oferta de educación gratuita y una creciente segmentación y escalonamiento de la calidad educativa, a lo que se sumó una escasa regulación y fiscalización por parte del Estado.

Como el INDH señaló en el Informe Anual 2011, pese a que el ejercicio del derecho a la educación ha presentado importantes avances dado que la población cuenta con más años de escolaridad y es cada vez menor el porcentaje de personas que no participa del sistema educativo, persiste como principal problema una situación de discriminación estructural. Los marcos normativos, así como los mecanismos administrativos y financieros que regulan la educación, se articulan de forma tal que el sistema segmenta a la población según su capacidad económica, generando una oferta diferenciada en calidad que refuerza las desigualdades de la sociedad chilena. Estos mecanismos son contrarios al principio de igualdad y no discriminación y solo algunos pueden ejercer su derecho a elección del tipo de educación que desean. Además, de este problema se derivan otros referidos a la calidad de la enseñanza, la disparidad de recursos disponibles para el aprendizaje, la homogeneización sociocultural de las aulas y las brechas de acceso que afectan a grupos tradicionalmente discriminados (INDH, 2011).

Tras más de un año de movilizaciones y negociaciones con el Gobierno, la demanda estudiantil de fortalecimiento de la educación pública deja en evidencia la crisis de la educación chilena y la necesidad de mayor protagonismo por parte del Estado para garantizar el acceso y ejercicio efectivo del derecho a educación.

Al respecto, el gobierno ha presentado un conjunto de proyectos de ley que buscan tanto reforzar la institucionalidad para velar por las condiciones de acceso y calidad de la educación, como medidas que incrementan los recursos públicos que se destinarán al financiamiento del sistema educacional en todos sus niveles.

Este capítulo analiza el rol que el Estado debe ejercer en tanto garante del derecho a educación, y las acciones

emprendidas en este último año para responder a las obligaciones que se derivan de las distintas dimensiones que conforman el derecho a educación.

NORMAS NACIONALES Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

La educación es un derecho complejo, tanto por las múltiples dimensiones que lo componen, como por su rol sinérgico para el ejercicio de otros derechos (Preámbulo DUDH). Esto se ha hecho patente en Chile en estos últimos años, a raíz de las demandas planteadas por los movimientos estudiantiles y otras agrupaciones ciudadanas. El reclamo por más y mejor educación, con mayores garantías de acceso e igualdad, ha ido copando la agenda pública y ha abierto debates sobre el rol del Estado, particularmente en torno a su capacidad de actuar como garante de este derecho y la efectividad con que ejerce esa función.

Para analizar estas dimensiones del derecho a la educación y avanzar sobre los indicadores de resultado y sus estándares de contenido es necesario abordar con mayor detenimiento las obligaciones que adquirió el Estado en estas materias y las medidas que se ha comprometido a tomar para garantizarlo[1]. En este sentido, es posible distinguir a lo menos tres tipos de obligaciones: a) garantizar el derecho a educarse, facilitando el acceso a y permanencia en los sistemas educacionales formales; b) proteger la libertad de las familias para elegir la educación de sus hijos e hijas, permitiendo la existencia de una oferta educativa diferente a la estatal; c) garantizar igual calidad de la educación de todos y todas las estudiantes, independientemente del proveedor, velando por que esta educación cumpla con estándares mínimos de aprendizaje y de respeto del resto de los derechos humanos en los procesos educativos y en el funcionamiento de las instituciones educativas[2].

Respecto a la primera garantía, los Estados deben brindar educación primaria universal, gratuita y obligatoria, y avanzar progresivamente a la gratuidad de la educación secundaria para generalizarla, así como de la educación superior para todas las personas que cuenten con las capacidades exigidas en este nivel de estudios[3], eliminando los costos directos de la educación. Complementariamente, deben generar "sistemas adecuados de becas"[4] para reducir o eliminar los costos indirectos de educación (transporte, útiles, uniforme, alimentación), así como "fomentar la igualdad de acceso a la educación de las personas procedentes de grupos desfavorecidos"[5], con el fin de apoyar su permanencia en el sistema y reafirmar la igualdad de oportunidades para cursar exitosamente procesos educativos. Estas medidas refuerzan también los derechos de libertad de elección de padres, madres y tutores, al reducir las barreras económicas que limitan esa elección.

Estos compromisos en torno a proveer educación gratuita en la educación básica y avanzar progresivamente en esa lógica en los otros niveles de la educación, busca que el costo de la educación no sea transferido a las personas, dado que ello puede constituirse en un factor de discriminación y desnaturalizar la educación como derecho[6]. Del mismo modo, la consideración de la eficiencia del gasto público en materia de derechos humanos se orienta a garantizar que se dé protección al conjunto de derechos "hasta el máximo de recursos disponibles"[7], siendo también una clave de la calidad de la educación (Unesco, 2007).

La combinación de las obligaciones, la de proveer educación gratuita y la de hacerlo hasta el máximo de recursos disponibles[8], así como el resguardo de la educación como derecho evitando su consideración como propiedad privada

1 Para mayor información sobre los estándares internacionales, ver Informe Anual 2011 (INDH, 2011).

2 DUDH art. 26; ICESCR art. 13; CRC arts. 28 y 29; CESCR Observación General Nº 11 y 13; CRC Observación General Nº 1; Informe de la Relatora Especial del Derecho a Educación, Sra. Katarina Tomasevski E/CN.4/2004/45, 25 de enero de 2004; Informe del Relator Especial del derecho a educación, Sr. Vernor Muñoz, E/CN.4/2005/50, 17 de diciembre de 2004; OACDH (2006); OEA (2011).

3 DUDH art. 26.1; ICESCR art. 13.2 c); CRC art. 28.1 c).

4 ICESCR art. 13, e); CESCR OG Nº 11, párr. 7.

5 CESCR Observación General Nº 13, párr. 26.

6 Informe de la Relatora Especial del Derecho a Educación, Sra. Katarina Tomasevski E/CN.4/2004/45, 25 de enero de 2004.

7 Informe del Relator Especial del derecho a educación, Sr. Vernor Muñoz, E/C.12/2007/1, 19 de febrero de 2007.

8 CESCR Observaciones Generales Nº3, Nº11 y Nº 13; CESCR E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007.

o derecho comercial[9], no establece una prohibición directa del lucro en la educación, pero sí respecto al uso de los fondos del Estado. Esto implica distinguir entre los proveedores públicos, los privados sin fines de lucro y los privados con fines de lucro, a fin de establecer las obligaciones correspondientes.

Asimismo la garantía del derecho a educación implica que el Estado debe generar una oferta educacional pública –sin barreras de acceso y con igualdad de oportunidades para todas las personas–, y desarrollar un marco de regulación y fiscalización para la participación de privados que permita asegurar su prestación de acuerdo con los fines de la educación como derecho[10]. Esto implica velar por que la educación privada se oriente hacia la plenitud del desarrollo de la personalidad humana, el fomento de una cultura de respeto a los derechos humanos y una educación para la paz, y los mínimos de aprendizaje fijados por el Estado. Adicionalmente debe garantizar condiciones de igualdad y no discriminación, velando para que la libertad de enseñanza "no provoque disparidades extremas de posibilidades en materia de instrucción para algunos grupos de la sociedad"[11], ni refuerce segregaciones en función del poder adquisitivo de las familias[12]. Para poder cumplir con esa función debe generar "un sistema regulatorio eficiente y efectivo que incluya supervisión independiente y sanciones en caso de incumplimiento"[13].

Chile ha recogido las obligaciones que imponen los instrumentos internacionales a través de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del reconocimiento constitucional del derecho a educación (arts. 19.10 y 19.11, y 5). Si bien ha asumido las obligaciones de promoción y financiamiento de la educación con parámetros claramente establecidos de duración y gratuidad[14], en lo que refiere a la protección del ejercicio de este derecho la situación está mucho menos definida. La Ley General de Educación (Ley 20.370) detalla algunos de estos deberes, al sostener que es obligación del Estado "velar por la igualdad de oportunidades y la inclusión educativa, promoviendo especialmente que se reduzcan las desigualdades derivadas de circunstancias económicas, sociales, étnicas, de género o territoriales, entre otras" (art. 4 inc. tercero y final), lo que se ve reforzado con el deber de "propender a asegurar una educación de calidad y procurar que ésta sea impartida a todos, tanto en el ámbito público como en el privado" (art. 6º inc. primero). No obstante, cuando estas condiciones no se cumplen, las personas solo pueden recurrir a medidas administrativas de reclamación dado que no se ha incorporado el derecho a educación en el catálogo de derechos justiciables señalados en el art. 20 de la Constitución.

EL ROL DEL ESTADO COMO GARANTE DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

EL ROL DE PROVISIÓN Y EL FINANCIAMIENTO DE LA EDUCACIÓN

En Chile la educación escolar es provista por un modelo mixto en que participan sostenedores municipales y privados, con y sin fines de lucro. Los que reciben aportes del Estado (subvención) por cada estudiante que asiste a esos establecimientos representan cerca del 92% del total de la matrícula escolar. En la educación superior, el 49% de la matrícula de entidades universitarias recibe aportes directos e indirectos del Estado, y en el caso de la educación técnica superior, esto ocurre en el 8,3% (OCDE, 2012).

La existencia de un modelo mixto es una estrategia válida que implementan los países para expandir las coberturas de sus sistemas educacionales. Desde una perspectiva de

9 Informes de la Relatora Especial del Derecho a Educación, Sra. Katarina Tomasevski E/CN.4/2000/6, 1º de febrero de 2000 y E/CN.4/2004/45, 25 de enero de 2004.

10 CESCR (1999), Observación General Nº 1, 3 párr. 30.

11 Ibídem.

12 Informe de la Relatora Especial del Derecho a Educación, Sra. Katarina Tomasevski, op. cit.

13 OACDH, (2009), pág. 29.

14 La Constitución establece obligatoriedad de la educación básica y media, así como financiamiento de un sistema gratuito que cubra dos niveles de educación parvularia y los 12 de la educación escolar, cuya protección se extiende hasta que los y las estudiantes cumplan 21 años de edad; además de promover la educación en todos los niveles, incluyendo la educación superior, y consagrar la libertad de enseñanza.

derechos humanos, el problema aparece cuando esta expansión se hace sobre la base de ofertas no equivalentes en calidad, o cuando las diferencias obedecen a mecanismos de discriminación como la condición económica de los y las estudiantes y procesos de selección arbitrarios. Esto constituye una vulneración al principio de igualdad que debe garantizar el Estado y cuestiona en qué medida se está disponiendo de los recursos financieros, normativos y humanos adecuados o suficientes para prevenirlo o evitarlo. De hecho, un conjunto de recomendaciones de diversos Comités de tratados y de la relatoría especial del derecho a educación de las Naciones Unidas han planteado que en "todo proceso de descentralización o privatización, el gobierno conserve una responsabilidad y una capacidad definidas" respecto de las obligaciones emanadas de los tratados de derechos humanos, recomendando además evaluar los efectos de este tipo de modelos y el tipo de fiscalización que se requiere para evitar la ocurrencia de estas disparidades[15].

Para el caso chileno, distintos estudios demuestran que los procesos educacionales y sus resultados están fuertemente relacionados con el nivel socioeconómico de los y las estudiantes (Drago y Paredes 2011; Valenzuela, Bellei y de los Ríos, 2008; McEwan, 2003; Tokman, 2002; Bravo et al. 1999; Carnoy, 1997). La educación municipal, la mayoría de las veces, no es de una calidad equivalente a la educación privada, y las subvenciones, becas y programas focalizados de recursos no logran compensar esta situación, siendo esta estrategia insuficiente para reducir las disparidades extremas entre ambos tipos de educación[16].

Lo mismo ocurre con la garantía de acceso a procesos educativos de la población preescolar o con necesidades educativas especiales, en las que persisten dificultades –como las que da cuenta la encuesta Casen 2011– con la cobertura preescolar[17], o la carencia de aulas hospitalarias[18], entre otras situaciones. Por lo mismo, hay evidencia que permite evaluar si el modelo de financiamiento subsidiado y que permite copagos es el que mejor garantiza la igualdad de oportunidades, y si los montos destinados son suficientes para garantizar procesos educacionales de calidad.

El problema que se detecta no es contingente, pese a su fuerte presencia en el debate actual, puesto que refiere a la configuración propia del sistema educacional chileno y los roles y atribuciones que el Estado ha definido para sí en materia de provisión, financiamiento y regulación de este sistema.

La respuesta del Estado en el último año ha ido en dos sentidos: por un lado, hacia el reforzamiento de la institucionalidad de fiscalización y el aumento de los recursos que destinará el sistema público a la educación, y por otro, hacia el reforzamiento del sistema de financiamiento que genera la brecha de oportunidades.

Institucionalidades garantes del derecho y fiscalización

El debate actual sobre educación ha conducido a analizar la necesidad de reforzar las atribuciones de la institucionalidad garante, en todos sus niveles, a través de la Superintendencia de Educación o mecanismos afines, explicitando sus marcos de actuación o fiscalización, de modo de asegurar la eficacia en la regulación de estos servicios delegados y con ello, los principios que resguarda el derecho a educación.

15 CRC (2002), A/59/41, párr. 45; CESCR (2009) op. cit.; Informes de la Relatora Especial del Derecho a la Educación, Sra. Katarina Tomasevski, E/CN.4/2000/6 del 1 de febrero de 2000, E/CN.4/2002/60/ Add.1, 17 de enero de 2002; y op. cit. 2004.

16 Esta evidencia fue analizada en el Informe Anual 2011, págs.57-61.

17 Según datos de la Casen 2011, el 44% de la población de 0 a 6 años asiste a alguna modalidad de educación parvularia. Sin embargo es necesario considerar que la asistencia de los niños y niñas de 0 a 2 años es de solo 17,2%, siendo el principal factor de ello la resistencia de las familias a integrarles tempranamente a establecimientos educacionales (aceptabilidad de la oferta). Por el contrario, la asistencia entre los y las estudiantes de 5 y 6 años está prácticamente universalizada (94%) y de quienes no asisten, el 25% alude a problemas de accesibilidad física y financiera, la que se eleva al 40% para los niños y niñas del primer quintil, pese a los deberes constitucionales de proveer y financiar los niveles de transición de la educación parvularia y a los programas sociales de acceso preferente para este segmento de la población, como Chile Crece Contigo (ley 20.379 del 12 de septiembre de 2009).

18 Corte de Apelaciones de Temuco: sentencia rol Nº 408-2011, que establece que estando capacitado para estudiar, en iguales condiciones que adolescentes sanos, no ha recibido del Estado la educación que necesita, por la falta de dictación de un Reglamento, lo que es de absoluta responsabilidad del Ministerio de Educación, entidad que debía dar cumplimiento tanto a lo dispuesto por la Ley Nº 20.422, como en la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad.

A partir de este año, con la entrada en vigencia de la Ley 20.529 sobre el sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización, el Ministerio de Educación cuenta formalmente con más facultades para resguardar los aspectos administrativos de la provisión de servicios educacionales y, en un plazo de tres años[19], para fiscalizar también algunos aspectos sobre aprendizaje y convivencia escolar en función de estándares por definir[20]. Esta normativa, que crea la Superintendencia de Educación y la Agencia de Calidad como organismos especializados en el cumplimiento de estas funciones, reconoce en el Ministerio de Educación al ente rector de ese sistema y el responsable de "fomentar el desarrollo de la educación en todos los niveles y modalidades, propendiendo a asegurar la calidad y la equidad del sistema educativo; promover la educación parvularia y garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal al primer y segundo nivel de transición de la educación parvularia; financiar un sistema gratuito destinado a garantizar el acceso de toda la población a la educación básica y media, generando las condiciones para la permanencia en las mismas de conformidad a la ley; promover el estudio y conocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; fomentar una cultura de la paz, y de estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística, la práctica del deporte y la protección y conservación del patrimonio cultural" (Ley 20.529 art. 111.1). Asimismo, le encarga velar por el cumplimiento de la normativa de aseguramiento de calidad y la aplicación de sanciones que establezca la Superintendencia, funciones que debe desempeñar de manera directa mientras este organismo no entre en pleno funcionamiento[21].

Además se encuentra en discusión parlamentaria un proyecto de ley sobre Superintendencia de Educación Superior (Boletín 8041-04), que tendría atribuciones afines en el marco administrativo de los servicios de este nivel educativo[22].

El refuerzo de esta institucionalidad constituye un avance. Sin embargo, desde una perspectiva de derechos humanos, y específicamente en relación con situaciones que infrinjan el derecho a educación o las obligaciones de no discriminación, preocupan algunos aspectos en su aplicación. La normativa que regula la actuación de las instituciones fiscalizadoras ha sido interpretada como si debiera activarse solo frente a demandas y reclamos, pese a que esto se aplica exclusivamente a la legalidad del uso de los recursos en establecimientos particulares pagados[23]. Así consta en la definición de funciones reconocidas por el MINEDUC para esta entidad y la difusión de su actuación 2012, en que señala como foco de las visitas de inspección los temas administrativos y de infraestructura, y define como inspección profunda la que pone atención a "temas sensibles como la asistencia, el estado de los profesores, la higiene, la seguridad del recinto y la rendición de cuentas" (Mineduc, 2012). Esta forma de operar no permite identificar situaciones de incumplimiento normativo que no hayan sido objeto de denuncia o reclamación, las que solo se activarían si los miembros de las comunidades educativas y universitarias

19 El artículo transitorio 2º de la Ley 20.529 establece que "El Ministerio de Educación tendrá un plazo de tres años, contado desde la entrada en vigencia de esta ley [27/08/2011], para presentar los estándares de aprendizaje, indicativos de desempeño y otros indicadores de calidad educativa al Consejo Nacional de Educación. Con todo, este plazo será de un año para presentar los estándares de aprendizaje de, a lo menos, uno de los cursos evaluados por el sistema nacional de medición." A la fecha, no se han presentado ni aprobado estándares para ningún nivel educativo.

20 Esto refuerza las atribuciones de sanción que ya fijaba la Ley 20.370 (art. 10) ante faltas a leyes educacionales, o ante inadecuación o no respeto de reglamentos (como de la Ley de subvenciones DFL Nº 2, art. 50).

21 Ley 20.370, art. 50 y transitorio 10º. Si bien la Superintendencia de Educación ha sido creada en virtud de la Ley 20.529, de 27 de agosto de 2011, su proceso de instalación aún se está desarrollando, y recién el 27 de junio de 2012, fue nombrada su máxima autoridad, por lo que hasta esa fecha el Ministerio de Educación mantuvo la responsabilidad por las obligaciones señaladas en la ley.

22 El sistema nacional de aseguramiento de la calidad generó una Superintendencia solo para la educación parvularia y escolar, por lo que no tiene atribuciones para situaciones que se registren en la educación superior.

23 Ley 20.529 art 48, establece el objetivo de la Superintendencia, como el de fiscalización del cumplimiento o ajustes a "la normativa educacional" de los establecimientos educacionales que cuentan con reconocimiento oficial. Precisa luego que "fiscalizará la legalidad del uso de los recursos por los sostenedores de los establecimientos subvencionados y que reciban aporte estatal y, respecto de los sostenedores de los establecimientos particulares pagados, fiscalizará la referida legalidad sólo en caso de denuncia. Además, proporcionará información, en el ámbito de su competencia, a las comunidades educativas y otros usuarios e interesados, y atenderá las denuncias y reclamos de éstos, aplicando las sanciones que en cada caso corresponda".

emprendieran acciones para la defensa de sus derechos una vez que estos hubieran sido vulnerados.

Además, la distinción entre denuncia y reclamo implica actuaciones distintas de la Superintendencia: la primera involucra la fiscalización y eventual sanción, la segunda contempla la mediación. Sin embargo, el mecanismo para distinguir entre demandas y reclamos es poco claro, dado que una misma situación puede dar lugar a ambos tipos de actuaciones de la Superintendencia, y no queda establecido quién determina la clasificación de la denuncia. Adicionalmente, se indica que para acoger una denuncia o tramitar un reclamo, la Superintendencia podría solicitar información previa para establecer "la conveniencia de iniciar un procedimiento sancionatorio o la respectiva mediación"[24].

Para el caso de las infracciones graves[25], el tipo de sanciones es definido en el proceso, pudiendo no guardar proporcionalidad con las sanciones establecidas como menos graves y leves. Esto no es menor, en tanto existen en la legislación contradicciones en la determinación de la gravedad de algunas infracciones. Es el caso del derecho a educación de las estudiantes embarazadas, protegidas por el art. 11 de la Ley General de Educación, derecho que de no ser respetado se sanciona con una multa máxima de 50 UTM, monto que equivale a una infracción leve, según el art. 50 de la misma ley. Sin embargo, la Ley de Subvenciones que es citada como fuente de establecimiento de sanciones califica el incumplimiento del resguardo de los derechos de las estudiantes embarazadas como menos grave.

Adicionalmente, en los procesos de fiscalización efectuados en el presente año se registra una única sanción por infracción a esta normativa educacional, que fue tipificada como grave según reporta el Departamento de Fiscalizaciones de la Superintendencia. Por otra parte, el sistema de atención ciudadana del MINEDUC recibe anualmente unas 60 denuncias por igual infracción[26], sin que se haya generado un proceso de fiscalización para todos esos casos dado que aún el procedimiento es llevado por la Oficina de Ayuda MINEDUC, la que inicia procesos de mediación, y solo de no lograr resolución por esta vía deriva el caso a la Dirección Regional del Ministerio para que éste dirima si inicia un proceso ante la Superintendencia de Educación Escolar o pasa a proceso administrativo.

Por su parte, el Ministerio de Educación ha iniciado fiscalizaciones y aplicado sanciones a establecimientos educacionales por faltas administrativas en torno a la subvención escolar, y por algunos problemas graves de convivencia escolar (*bullying* o abusos sexuales)[27]. En otras dimensiones no se observa una actuación equivalente, pese a contar con las atribuciones para ello, las que están contenidas en la Ley General de Educación (arts. 16 y 50) y en otros cuerpos legales menores[28]. Particularmente en el caso de infracciones menos graves y graves, como las referidas a la selección discriminatoria, la expulsión o la no aplicación de garantías para estudiantes embarazadas, y la aplicación de sanciones

24 Ley 20.259 art. 59.

25 EL DS Nº 2 de 2010 establece como infracciones graves, entre otras situaciones, que los reglamentos internos carezcan de medidas que garanticen el debido proceso; que se hagan cobros no permitidos o que se obligue a pagar los que tienen carácter voluntario en establecimientos con subvención del Estado; que se hagan procesos de selección académica o económica de alumnos de 1º a 6º básico; no permitir la repitencia por primera vez en el establecimiento, además de la reiteración de infracciones que agravan situaciones consideradas menos graves, como no permitir o facilitar la continuidad de estudios de estudiantes embarazadas o madres, entre otros casos de vulneración de derechos y deberes establecidos en la normativa educacional (art. 80).

26 Se registran 66 casos en la bases de datos 2010 y en el primer semestre del 2011 se registraron 32 casos, y entre agosto de 2011 y agosto de 2012, se registraron 74 casos de discriminación por embarazo en la Oficina Atención Ciudadana del Mineduc.

27 Al crearse la Superintendencia de Educación Escolar, el gobierno señaló que desde 2009 se duplicó la cantidad de fiscalizaciones, llegando a cerca de 34 mil en 2011, principalmente relacionadas al uso de las subvenciones (Gobierno de Chile, Ministro Beyer nombra a primer Superintendente de Educación, Recuperado el 9 de octubre de http://www.gob.cl/informa/2012/06/28/ministro-beyer-nombra-a-primer-superintendente-de-educacion.htm). Con todo, según cifras entregadas al INDH por la Superintendencia de Educación Escolar, en 2012 se han realizado más de 9.700 fiscalizaciones, encontrando 3.400 infracciones graves. En igual período ha aplicado unas 2.900 sanciones, de las cuales 33 corresponden a revocación de reconocimiento oficial, 2 de privación de subvención y 3 de inhabilitación del sostenedor, todas aplicadas a sostenedores particulares subvencionados. El resto de las sanciones corresponden a multas, de las cuales 32% han sido aplicadas a establecimientos municipales.

28 Ley de Subvenciones (DFL Nº 2 de 1998) y Reglamento de subvenciones (Dto. Nº 8144 de 1980).

disciplinarias arbitrarias o desmedidas[29], esto debiese generar procesos de fiscalización por parte de la Superintendencia, y se ha obrado considerando algunas de estas situaciones –como la expulsión– como una controversia entre partes, limitándose a un rol de mediación[30] y sin proceder a la fiscalización –como lo han establecido los tribunales de justicia– bajo lo señalado en la ley 20.529[31].

Respecto al tema del lucro en las instituciones de educación superior, la Cámara de Diputados acordó crear en julio de 2011 una Comisión Especial para investigar el financiamiento de la educación superior y esclarecer si era efectiva su existencia. El informe concluía que el Estado ha construido una normativa de escasa regulación para la operación de la educación superior y su financiamiento, haciéndolas recaer en el MINEDUC, entidad que no ha realizado su función fiscalizadora en esta materia en los treinta años de vigencia de la ley, ni ha dictado los reglamentos específicos que establecía el sistema de aseguramiento de la calidad (Cámara de Diputados, 2011, p. 354-364). Por lo tanto, teniendo el Estado una responsabilidad ineludible en esta situación, ha "transgredido los principios de calidad, equidad, responsabilidad, integración y transparencia, todos ellos inspiradores del sistema educativo chileno, según la Ley General de Educación" (Comisión Especial Cámara de Diputados, 2012, p. 358). El Informe fue rechazado en la Sala en junio de 2012, con 46 votos a favor, 45 en contra y una abstención, la que fue sumada como rechazo[32]. En paralelo al trabajo de dicha comisión, el 9 de abril de 2012, el MINEDUC solicitó información financiera a las universidades y procedió a sancionar a las 17 entidades que no contestaron (División de Educación Superior, 2012). En este contexto, el Ministro de dicha cartera enfatizó que "para alcanzar luego una transparencia total del sistema, requerimos la aprobación de la Superintendencia de Educación Superior, que va a ser una instancia que precisamente lo que busca es transparentar y fiscalizar" (División de Educación Superior, 2012 a).

Por su parte, la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente ha asumido un proceso investigativo sobre el lucro en las universidades, acogiendo la denuncia presentada ante la Fiscalía Nacional por parlamentarios de la Comisión de Educación de la Cámara de Diputados en junio de 2012, proceso que aún se encuentra en curso[33].

En síntesis, los proyectos presentados por el Poder Ejecutivo representan un avance en el sentido que refuerzan la capacidad fiscalizadora del Estado y, por ende, su rol de garante del derecho a educación. Sin embargo, las escasas atribuciones para actuar por iniciativa propia en pro de la prevención de vulneraciones a este derecho que reconoce el MINEDUC y la predefinición de las situaciones atendibles para iniciar una fiscalización con que se ha iniciado el trabajo de la Superintendencia de Educación Escolar (Mineduc, 2012), debilita las posibilidades de garantizar el derecho a educación y la protección de derechos en los espacios educacionales y universitarios.

El rol del Estado en el financiamiento del derecho a la educación

Independientemente del sistema de provisión, los Estados mantienen su responsabilidad por el financiamiento de la educación[34]. Este aspecto de las obligaciones de los Estados ha sido una constante preocupación del sistema de protección de derechos humanos, lo que ha quedado expresado en la conformación de grupos de trabajo y en diversos informes de los relatores especiales del derecho a educación[35].

29 La Ley 20.529 indica como grave el incumplir alguno de los requisitos de reconocimiento oficial (art.76 c), entre los que se cuenta el que los establecimientos educacionales cuenten con reglamentos internos y que éstos sean acordes a la normativa nacional. Así también en el numeral h) de este mismo artículo establece como graves todas las situaciones que la normativa educacional así contemple, particularmente la del DLF Nº2 de 1998, de Subvenciones. En el artículo 6º de dicho cuerpo normativo se establece que los reglamentos escolares deben estar ajustados a la normativa nacional y que en el caso de las expulsiones debe regir el debido proceso. Si dichas situaciones no se cumpliesen, se considerará infracción grave.

30 Ministerio de Educación, Of. Nº392 del 11 de julio de 2012.

31 Base de datos de fiscalizaciones 2012.Departamento de Fiscalización de la Superintendencia de Educación Escolar.

32 El proyecto fue rechazado por no alcanzar la mayoría absoluta para su aprobación.

33 La investigación denominada "caso lucro en las Universidades" está siendo desarrollada por la Fiscalía Oriente, Ñuñoa, y ha dado lugar a 8 tomos, referidas a cada institución investigada, con los RUC siguientes: 1200653250-9; 1200763278-7; 1200763208-6; 1200763227-2; 1200655762-5; 1200763318-k; 1200763175-6; 1200763146-2.

34 CRC (2002) op. cit; Informe del Relator Especial del Derecho a educación, Sr. Kishore Singh, A/66/269, 5 de agosto de2011; y Declaración pública del 9 de septiembre de 2011.

35 Informes de los Relatores Especiales del Derecho a educación, Sra. Katarina Tomasevski, (2004) op cit; Sr. Vernor Muñoz E/CN.4/2005/50, 17 de diciembre de 2004); OADCH (2007) op cit; Informe del Relator Especial del Derecho a educación, Sr. Singh, ibídem.

El Sistema de Naciones Unidas en materia de protección del derecho a la educación ha analizado las barreras que enfrentan los Estados para avanzar en la implementación progresiva de gratuidad y ha llegado a estimar los montos básicos que debiesen procurarse para dar garantías mínimas para el resguardo de este derecho, fijándolo en torno al "6% del PIB o al 20% del presupuesto nacional y asegurar el uso eficiente de los recursos en función del costo"[36]. El gasto público de Chile se ubica en torno al 3% o 4%[37], por lo que la exigencia de aumentar este gasto para permitir un funcionamiento permanente y adecuado de la oferta educativa tanto secundaria como superior (Confech, Ases y Cones, 2012) es coherente con dichos parámetros.

Al respecto cabe recordar que la educación primaria o básica debe ser gratuita, como medida de aplicación inmediata, situación que haría inconveniente la aceptación del lucro en este nivel educativo (así como en el nivel secundario), considerando que se excluye en la educación superior. En este sentido parece razonable evaluar si un modelo educativo que permite el lucro es compatible con un uso eficiente de los recursos que el Estado debiese disponer para garantizar el conjunto de derechos de la ciudadanía, y respetar el principio de tomar medidas hasta el máximo de recursos disponibles[38]. El debate legislativo incorporó el análisis de un proyecto que corrigiera esta omisión de la normativa educacional chilena que permite el lucro en la educación escolar, estableciendo su prohibición (Boletín Nº 7.856-04). El proyecto de ley fue modificado por una indicación sustitutiva que condiciona el uso de los recursos públicos a destinarlos de manera íntegra y exclusiva al cumplimiento de fines educativos, por lo que permite mantener el lucro, a través del financiamiento compartido y la declaración de costos administrativos[39].

El Gobierno ha aumentado las subvenciones escolares especiales y las de educación parvularia, ampliando el sistema de becas y créditos de la educación universitaria, y presentando tres proyectos de ley para modificar el sistema de financiamiento de la educación escolar y superior, dos de los cuales ya han sido aprobados como ley[40]. Estas acciones son valorables por los potenciales efectos que tendrán en el acceso a educación superior de algunos sectores, y por la reducción en los endeudamientos que significarán para los y las estudiantes y sus familias.

Sin embargo, la configuración del sistema educacional chileno presenta una importante brecha que no logrará ser subsanada a partir de estas leyes, dado que tienen como efecto el fortalecimiento de la educación con financiamiento compartido y el acceso por medios crediticios, sin modificar la tendencia a la disminución de la oferta de educación gratuita que es responsabilidad del Estado, y profundizando la segmentación educativa[41]. Dicho en otras palabras, estas leyes supeditan la elección de acceso y la calidad de los servicios educacionales a las capacidades de pago de las familias, hecho que ha sido objetado en las Observaciones Generales de la Comisión de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes[42] y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[43], así como en los informes de los relatores y las relatoras del derecho a educación[44].

36 Informe del Relator Especial del Derecho a educación, Sr. Singh, K. (2011) op cit., Nota 31.

37 Las cifras sobre el porcentaje del PIB que destina Chile varía entre las fuentes: Banco Mundial registra como última cifra la del año 2009 y es de 4,5%; Unesco (2011: 367), indica que en el año 2008 es de un 3,8%. Según el Panorama Educativo 2012 de la OCDE, Chile destina, considerando tanto el gasto público como privado en educación, el 6,8% y el cálculo del presupuesto devengado 2011, respecto a la asignación total de la cartera de educación para el mismo año, se sitúa en torno al 2,4%.

38 PIDESC art. 2.1; CESCR OG Nº3 y E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007, párr. 8 y 10.

39 Entre los costos de uso permitido, está el arriendo de inmuebles y otros campos poco definidos como "Cualquier otra inversión o gasto que guarde directa relación con la mejora de la calidad del servicio educativo del establecimiento", que han sido los principales mecanismos utilizados en la educación superior denunciados y estudiados por el MINEDUC, el Congreso y los tribunales.

40 Ley 20.634 otorga beneficios a deudores de crédito con garantía estatal. Ley 20. 630 Perfecciona la legislación tributaria y financia la reforma educacional y Proyecto de financiamiento de la educación superior (Boletín 8369-04).

41 Para un mayor detalle de este efecto de discriminación del sistema educacional, ver Informe Anual 2011, pp.56-61 (INDH, 2011).

42 CRC OG Nº1, y CRC, A/59/41, párr. 45.23.

43 CESCR, OG Nº11, párr. 7 y CESCR OG Nº13, párrs. 14, 20, 35 y 59.

44 Informe de los Relatores Especiales de Derechos Humanos, Sra. Katarina Tomasevski, E/CN.4/2002/60/Add.1; y E/CN.4/2004/45, 25 de enero de 2004, párrs. 12-28; Sr. Vernor MuñozE/CN.4/2005/50, 17 de diciembre de 2005, párr. 127; y Sr. Kishore Singh, K.) A/66/269, 5 de agosto de 2011, párr. 2

El proyecto de financiamiento de la educación superior (Boletín 8369-04), la ley sobre deudores de crédito con aval del Estado (Ley 20.634, 12 de octubre de 2012), y la ley de reforma tributaria con la que se espera financiarlo (Ley 20.630, 27 de septiembre de 2012) abordan la educación como un servicio de inversión privada o una inversión de capital humano[45], y fomentan facilidades de pago vía crédito o devoluciones sobre impuesto a la renta. Estos proyectos apuestan por la focalización de recursos por medio de becas, créditos y reducciones de impuestos, lo que cubre una parte de los costos directos (subvención de mensualidad escolar o aranceles de referencia) e indirectos (becas de alimentación, transporte y otros), pero no logran eliminar totalmente las barreras económicas que limitan el acceso y la permanencia en la educación escolar y superior. De este modo, mantienen el endeudamiento debido a que no cubren todos los costos[46], y generan condiciones diferentes de acceso según el aporte privado que las familias pueden asumir, con lo que el proyecto y las leyes recientemente aprobadas no logran resguardar el derecho a elección de la educación. Al respecto, un grupo transversal de especialistas, expertos internacionales y el movimiento Educación 2020 (Educación 2020, 2012) han señalado que esta propuesta de financiamiento por vía tributaria tendría efectos regresivos que aumentarán la segregación y la desigualdad educacional[47], mientras que Libertad y Desarrollo ha planteado sobre esta reforma tributaria y sus efectos que "la medida es positiva y reconoce el carácter de inversión en capital humano de la educación, dándole un tratamiento equiparable con la inversión que hacen, en capital físico, las empresas." (Libertad y Desarrollo, 2012, p.8).

Adicionalmente, el modelo de gestión que implica este financiamiento establece una condición doble dado que a la cobertura parcial de los costos se suma la indicación de demostración de "mérito académico suficiente y que mantengan un satisfactorio rendimiento académico durante el transcurso de la carrera" (Boletín 8369, proyecto de ley art. 5°.5). Este requisito si bien parece razonable y ajustado a derecho, toda vez que el propio derecho a educación establece que el acceso a educación superior es "sobre la base de la capacidad de cada uno", es preocupante en un sistema como el chileno que ha provisto desiguales oportunidades de desarrollo de esas capacidades justamente por la segmentación de la calidad educativa que afecta a quienes más requieren de protección económica para ejercer su derecho a educación. Así también, la ley para deudores actuales de crédito con aval del Estado excluye del beneficio a quienes presenten morosidad de pago, grupo en el que se encontrarían los más afectados por la deuda, con sus consecuencias económicas y sociolaborales. Al respecto, esta misma ley establece la posibilidad de alcanzar acuerdos y condonaciones para facilitar la puesta al día; sin embargo, las autoridades de gobierno no han sido claras en si activarán estos mecanismos, pese a que afecta a unos 17 mil estudiantes[48].

De esta forma, los proyectos de ley presentados y las leyes recientemente aprobadas avanzan en el sentido correcto de destinar mayores recursos a la educación, alcanzándose cifras similares de inversión en educación a las recomendadas en los estándares internacionales de derechos humanos. Sin embargo, estas medidas no logran satisfacer las demás obligaciones que tiene el Estado en materia de financiamiento, como la eliminación de barreras económicas en el acceso a la educación, en todos los niveles, y el resguardo de los principios de igualdad y no discriminación.

45 Respecto a las diferencias que existen entre estos modelos de comprensión de la educación y la de derechos humanos, véase los Informes de la Relatora Especial del derecho a la Educación, Sra. Katarina Tomasevski E/CN.4/2000/6, párrs. 66-71, E/CN.4/2001/52, párr. 81; E/CN.4/2004/45, párr. 18-29 y 55-57.

46 Salazar. P. (2012, 9 de octubre) Nuevos aranceles de referencia: bajarán cobertura en carreras menos rentables. La Tercera. Recuperado el 11 de octubre de 2012, de http://diario.latercera.com/2012/10/09/01/contenido/pais/31-120134-9-nuevos-aranceles-de-referencia-bajara-cobertura-en-carreras-menos-rentables.shtml.

47 29 expertos de educación chilenos han entregado una evaluación sobre el proyecto de ley de reforma tributaria al Congreso y la opinión pública, manifestando las razones de su inconveniencia (www.cooperativa.cl/prontus_nots/site/artic/20120811/asocfile/20120811125113/declaracion_publica_academicos_1.pdf), análisis que ha sido ratificado por el experto internacional Andy Hargreaves (Simonsen, E., 2012, 26 de agosto. "Andy Hargreaves: "Los países de alto desempeño tienen educación pública fuerte". La Tercera. Recuperado el 9 de octubre de 2012 de http://diario.latercera.com/2012/08/26/01/contenido/pais/31-116940-9-andy-hargreaves-los-paises-de-alto-desempeno-tienen-educacion-publica-fuerte.shtml)

48 Beyer y morosos del CAE: No son más de 17 mil y se pueden poner al día fácilmente (2011, 13 de septiembre). La Tercera. Recuperado el 3 de octubre de 2011 de, http://www.latercera.com/noticia/nacional/2012/09/680-483242-9-beyer-y-morosos-del-cae-no-son-mas-de-17-mil-y-se-pueden-poner-al-dia-facilmente.shtml

EL ROL DE FISCALIZACIÓN Y RESGUARDO DE DERECHOS EN LA EDUCACIÓN

Las obligaciones del Estado no se acotan a que exista una oferta suficiente y una calidad académica que cumpla parámetros mínimos, sino que se extiende a asegurar el reconocimiento, respeto y ejercicio de derechos en los espacios educativos. Es más, el Comité de Derechos del Niño recomienda en esta materia que se "celebren acuerdos pormenorizados con los proveedores de servicios y velen por una supervisión independiente de su ejecución", contando con un órgano capaz de desarrollar esa función velando por que los proveedores de servicios respeten principios y disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño y, particularmente, la no discriminación, el interés superior del niño/a, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el derecho a expresar opinión libremente en todos los asuntos que le afecten y que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones, y también debería prestarse especial atención al principio de la participación[49].

A nivel escolar, en las últimas décadas Chile ha mostrado una tendencia progresiva en el reconocimiento normativo de derechos en la educación, que se manifiesta en el reconocimiento del derecho a la participación y el resguardo de otros derechos de los miembros de las comunidades escolares[50], alcanzando un estatus de protección mayor al integrarse en la Ley General de Educación (art. 10) la definición de sus integrantes y el reconocimiento de sus derechos y deberes.

En el caso de la educación superior, el avance no es equiparable, ya que en la Ley General de Educación subsisten las limitaciones de participación de los y las estudiantes contenidas originalmente en la LOCE. Además, tanto en la educación escolar como en la educación superior, los establecimientos educacionales cuentan con un amplio margen de autonomía para definir sus dinámicas internas y sus reglamentos.

49 CRC (2002), idem, párr. 45.

50 Sobre protección de la maternidad (Ley 19.699 del 5 de agosto de 2000); sobre integración de población con discapacidad (Ley 20.422), sobre integración de niños y niñas migrantes (Circular Nº 1179, 28/01/2003 del Depto. de Extranjería del Ministerio de Relaciones exteriores), sobre convivencia escolar (Ley 20.536 del 17 de septiembre de 2011).

En su rol de garante, la normativa nacional contempla mecanismos para que el Estado vele por el cumplimiento de estos derechos en los espacios educacionales, básicamente a partir de las funciones de fiscalización ya analizadas. Entre esos mecanismos también está la reglamentación de requerimientos básicos para obtener reconocimiento oficial y para acceder a la subvención del Estado, incluyendo entre otras, el establecimiento de las obligaciones de conformar órganos de representación de la comunidad escolar[51] y la de "contar con un reglamento interno que regule las relaciones entre el establecimiento y los distintos actores de la comunidad escolar, y que garantice el justo procedimiento en el caso en que se contemplen sanciones", señalándose que "este reglamento no podrá contravenir la normativa vigente"[52]. En noviembre de 2011 el Parlamento reforzó estas obligaciones de garantía para "velar que no existan abusos o impedimentos arbitrarios para renovar las matrículas de los alumnos"[53].

Pese a los avances normativos, existe una debilidad en las condiciones para la efectividad de las funciones dadas al Ministerio de Educación con el fin de resguardar el ejercicio de derechos y evitar la discriminación en los espacios educativos, particularmente porque no se establece con claridad en dichas normativas cómo resolver las eventuales infracciones detectadas. Esta situación puede producir discrecionalidad en la fiscalización y en la aplicación de medidas de protección o de restitución de derechos[54]. El Ministerio de Educación desarrolló entre 2002 y 2005 acciones para apoyar la armonización de los reglamentos internos de los

51 La obligatoriedad se estableció en la Ley que modifica el régimen de Jornada escolar Completa diurna (Ley 19.979 art. 7º) y, reforzada por la Ley de Subvención escolar Preferencial, que establece que los establecimientos no solo deben contar con Centros de Padres y Apoderados, Consejo escolar y Consejo de Profesores, sino que debe acreditar su funcionamiento (Ley 20.248 art. 7º c, del 1 de febrero de 2008).

52 Ley 20.370, art. 46 letra a, publicada el 2 de julio de 2010.

53 Ley 20.553, art. Único, inciso final, publicada el 28 de noviembre de 2012.

54 A los estudios de Casas, Correa y Wilhelm (2001), se suma el fallo de la CA Arica rol 367-2011 que en su séptimo considerando señala que "los funcionarios públicos recurridos al tener conocimiento de estas violaciones tanto a la ley como a la instrucción de su órgano, actuaron arbitraria e ilegalmente, al no remediar la situación, por lo que también infringieron el artículo 16 del Decreto Nº177/1996, y que se aplicó un reglamento que atenta contra garantías constitucionales, como la libertad de expresión, demostrando los funcionarios recurridos total y absoluta complacencia".

establecimientos educacionales con la legislación nacional[55] –y a través de ella, con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos–, pero estos esfuerzos han resultado insuficientes, y el MINEDUC no ha emprendido nuevas acciones directas que impliquen la revisión de los reglamentos escolares y su ajuste a derecho para modificar esa situación, con la excepción de la elaboración de una guía para la construcción de los reglamentos de Convivencia Escolar que se han establecido como obligación tras la aprobación de la Ley de Violencia escolar[56] (Mineduc, 2011).

Se ha avanzado en el reconocimiento de los derechos en la educación, siendo más claro el reconocimiento de derechos a los miembros de las comunidades escolares que a los de la educación superior. Con todo, los establecimientos educacionales cuentan con amplias atribuciones para establecer sus reglamentos internos, por lo que pese a las indicaciones de la normativa educacional, estos muchas veces no se ajustan a derecho, y el Ministerio de Educación no cuenta con atribuciones claras ni capacidades suficientes para revisar estos instrumentos que regulan la convivencia en los espacios educacionales ni para generar los incentivos o eventuales sanciones que promuevan su ajuste de modo de garantizar la protección y ejercicio de derechos.

Garantía de continuidad de los procesos educativos

La interrupción del ciclo lectivo anual tiene implicancias en la continuidad del proceso de estudio debido a la pérdida de horas lectivas; en los aprendizajes de los y las estudiantes; y en la trayectoria educativa poniendo en riesgo la promoción de estudiantes por incumplimiento de asistencia mínima para la aprobación[57] o por los bajos niveles de aprendizaje logrados en un proceso de enseñanza irregular.

Durante 2011, producto de la suspensión de clases con motivo de las movilizaciones estudiantiles, las comunidades educativas con apoyo de sostenedores municipales y del Ministerio de Educación, generaron sistemas alternativos para mantener el ejercicio del derecho a educación y dar continuidad a sus trayectorias educativas, aspecto que el INDH valora en tanto da cuenta del cumplimiento del Estado de su obligación de tomar medidas para asegurar asistencia escolar regular, conforme se establece en la Convención de los Derechos del Niño (art. 28 letra e)[58]. Pese a la implementación de estas iniciativas, la tasa de reprobación del año 2011 se incrementó en un 44% respecto al año 2010, lo que equivaldría a unos 34.500 estudiantes repitientes más que los registrados el año anterior[59], no pudiendo establecerse la causa de la reprobación, ni si corresponde o no a estudiantes que se integraron a los programas especiales de continuidad de estudios. Sin embargo y siendo altas las tasas señaladas, éstas no se condicen con las cifras entregadas por el Ministerio de Educación, que refirió 239 mil estudiantes repitientes"[60].

Los recursos interpuestos ante tribunales para demandar protección del derecho a educación ante los efectos de restricción que imponen las tomas de establecimientos educacionales no fueron acogidos, en su mayoría porque las sentencias han sido posteriores a la normalización del funcionamiento de los establecimientos educacionales[61]. En los casos en que se ha analizado el fondo existen dos líneas argumentales que rigen las sentencias: las que plantean

55 A partir de la definición de la Política de Convivencia escolar (2002), se implementó un proceso de acompañamiento de elaboración y actualización de los reglamentos escolares, que incluyó metodologías de trabajo, capacitación y revisión por parte de las provinciales de educación.

56 La ley 20.536 publicada el 17 de septiembre de 2011, art. 46.

57 Decretos exentos Nº 511 de 1997; 112 de 1999 y 83 de 2001, del Ministerio de Educación.

58 El Ministerio de Educación generó el Programa Salvemos el año escolar, que planteaba tres posibilidades para dar continuidad al estudio: compartir infraestructura educacional con establecimiento no tomados, operar en locales que no tienen destino educacional, y rendir exámenes libres. Adicionalmente, algunos municipios generaron adecuaciones a este plan, como es el caso de Providencia, con el sistema de Aprendizaje en Red, todos los cuales, según dictamen de Contraloría (Dictamen Nº72.500, del 21 de noviembre de 2011) y reafirmado por tribunales, tendrían carácter de voluntario.

59 Información establecida a partir de las bases de datos sobre Rendimiento del sistema escolar 2010 y 2011, del Departamento de Estadísticas, MINEDUC, que registra 99.982 estudiantes reprobados en el 2010 y 134.487 en el 2011, lo que equivale a tasas de un 6,4% y un 8,6%, respectivamente.

60 "Según el Mineduc, el año pasado, producto de las movilizaciones, repitieron cerca de 239 mil estudiantes, y el 51% de estos proviene del sistema municipal." Citado en Matus, J. y C. Araya (2012, 10 de agosto). "Secundarios endurecen posición con tomas y critican apoyo universitario". La Tercera, recuperado el 2 de octubre de 2012 de http://diario.latercera.com/2012/08/11/01/contenido/pais/31-115802-9-secundarios-endurecen-posicion-con-tomas-y-critican-apoyo-universitario.shtml

61 Causas CA Antofagasta Rol Nº 578-2011; CA Valparaíso Rol Nº 460-2011; CA San Miguel Rol Nº 251-2011; CA Chillán Rol Nº 74-2011; CA Valdivia Rol Nº 514-2011.

que las tomas son actos ilegales y arbitrarios que deben ser resueltos a la brevedad[62], y las que resaltan la naturaleza política del conflicto y su necesaria solución a manos de las autoridades de gobierno[63]; argumentos que aparecen también en votos disidentes en uno y otro caso.

En este marco, preocupa que en 2012, con la reactivación de la movilización estudiantil de los secundarios, la respuesta del Estado haya cambiado en comparación con aquella ofrecida en 2011. En efecto, las autoridades han relevado en su discurso la aplicación de sanciones por sobre el diálogo para restablecer la continuidad del ciclo lectivo, previniendo la ocurrencia de retomas y asegurando el acceso físico a los establecimientos educacionales a través de desalojos, el control de ingreso a los establecimientos, y la amenaza de pérdida de los apoyos complementarios (becas) para quienes participen de las movilizaciones[64]. Esta última medida puede llegar a constituirse en nuevas barreras a la continuidad de estudios trayendo como consecuencia la exclusión arbitraria y selectiva de estudiantes.

Protección ante medidas arbitrarias de sanción y expulsión

Los establecimientos educacionales están facultados para adoptar sanciones cuando miembros de la comunidad educativa incumplen sus deberes consagrados en la Ley General de Educación, tales como "cuidar la infraestructura educacional", así como "colaborar y cooperar en mejorar la convivencia escolar" (DS Nº 2 de 2010, art. 10 a, inciso segundo). Sin embargo, el Estado debe cautelar que las medidas disciplinarias que se tomen no impliquen tratos vejatorios y discriminatorios, no limiten el ejercicio de otros derechos humanos[65] ni, en el caso de la educación obligatoria, dificulten el cumplimiento de un deber legal y constitucional. Por lo mismo, al momento de aplicar sanciones deben considerarse tanto criterios formativos como la aplicación del principio de interés superior del niño y la niña, actuando con debida proporcionalidad y ponderación respecto a la dignidad de niños, niñas y adolescentes y el ejercicio del derecho a educación.

Un número no esclarecido de estudiantes de establecimientos municipales y de particulares subvencionados fueron expulsados durante 2011[66], se les canceló su matrícula para 2012, o fueron sancionados con extrema condicionalidad, por causas que de manera pública se reconocieron como relacionadas con el movimiento estudiantil o que, no siendo reconocidas de ese modo, se aplicaron a estudiantes que participaron activamente en las movilizaciones.

Para conocer las situaciones de expulsión y cancelación de matrículas, el INDH habilitó entre febrero y abril de 2012 un sistema en línea para recibir denuncias sobre expulsiones consideradas arbitrarias por los y las afectadas, recibiendo 42 denuncias a nivel nacional, y algunas consultas directas por la oficina de atención a público. Frente a ello se tomaron acciones jurídicas y administrativas, presentando la visión de

62 Se han pesquisado entre septiembre de 2011 y julio de 2012, 18 recursos de protección referidos a tomas o paralizaciones de los establecimientos educacionales, de los cuales cinco fueron acogidos por las Cortes de Apelaciones respectivas, arguyendo 4 de ellos la ilegalidad de las acciones del estudiantado (CA Arica rol Nº342-2011; CA Valparaíso rol Nº460-2011; CA Valdivia rol Nº583-2011; CA Santiago rol Nº30126-2012), y en el voto disidente de la CA Arica rol Nº 287, Adicionalmente hay una causa que acoge el recurso no en contra de los estudiantes sino que recurriendo al Municipio, señalando su responsabilidad "al no haber ejercido sus funciones adoptando todas las medidas necesarias a su alcance en las condiciones anotadas, ha incurrido en omisiones prolongadas que resultan arbitrarias, pues con ello ha permitido que esta situación altamente irregular se prolongue en el tiempo sin justificación" (CA Valdivia rol Nº492-2011).

63 CA Valdivia: Rol Nº 421-2011; CA Santiago: Rol Nº 492 2011; CA Antofagasta: rol 578-2011; CA Arica: sentencia rol 287-2011; en voto disidente CA Arica rol 341-2011; CA Valdivia rol 583-2011. Además de argumentación dada para acoger recursos de protección a estudiantes expulsados o canceladas sus matrículas, como CA Arica rol Nº 217-2011 y CA Santiago rol Nº 2678-2011.

64 SOYCHILE/Emol (2012, 14 de agosto) "Ministro Beyer respaldó idea de Zalaquett de quitarle becas a estudiantes que participen en tomas". La Segunda. Recuperado el 10 de octubre de 2012, de http://www.lasegunda.com/Noticias/Educacion/2012/08/772488/Beyer-sobre-reforma-tributaria-Es-una-exageracion-decir-que-destruye-la-educacion-publica

65 CRC OG Nº1, párr. 8; OG Nº8, párr. 48; CESCR OG Nº13, párr. 41.

66 El MINEDUC en oficio enviado al INDH señala no poseer información sobre las situaciones de expulsión, dado que "gran parte de las situaciones de cancelación y no renovación de matrículas no fueron conocidas por esta cartera de Estado por cuanto no existieron denuncias por parte de los afectados" (Of. Nº392 del 11 de julio de 2012). Las cifras de organizaciones de la sociedad varían notablemente. La Defensoría Popular registró más de 350 denuncias en Santiago en tanto la ACES señala que los casos suman más de 3 mil a nivel nacional (Andime, "Coletazos de la movilización estudiantil: Cancelan matrícula a dirigentes de los secundarios", recuperado el 17 de octubre de 2012 de http://www.andime.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=1116:coletazos-de-la-movilizacion-estudiantil-cancelan-matricula-a-dirigentes-de-los-secundarios&catid=79:en-la-noticia)

derechos humanos que involucran algunos casos emblemáticos ante la Corte de Apelaciones de Santiago para que los tuviera en consideración[67].

Adicionalmente, se requirió información al Ministerio de Educación sobre el número de expulsiones y sobre las acciones de fiscalización adoptadas en este marco. Conjuntamente se consultó por similar materia a los 187 municipios que concentran el 92% de la matrícula de la educación secundaria, en su doble rol de sostenedores y de agentes locales de protección de los derechos de la infancia. Las respuestas de los órganos consultados dan cuenta de una débil noción de garante tanto de las autoridades municipales como ministeriales. De las 112 municipalidades que respondieron la consulta del INDH, la mayoría señaló no haber registrado expulsiones en los establecimientos de su dependencia, sin referir a situaciones de establecimientos particulares subvencionados, con excepción de la comuna de Valparaíso que integró información de la Oficina de Protección de la Infancia. Diez Municipios reconocieron haber tomado medidas de expulsión y cuatro de ellos señalaron que estas se relacionaron con las tomas en el contexto del movimiento estudiantil, afectando en total a 123 estudiantes en las regiones de Valparaíso y Metropolitana, sin contar los municipios de Santiago y Ñuñoa, que no respondieron al oficio. Por su parte, el MINEDUC señaló que "gran parte de las situaciones de cancelación y no renovación de matrículas no fueron conocidas por esta cartera de Estado por cuanto no existieron denuncias por parte de los afectados"[68].

En relación a las denuncias, entre 2010 y 2011 aumentaron en un 30% las realizadas ante el Ministerio de Educación por expulsiones y cancelaciones de matrícula, y en un 48% las que refieren a medidas disciplinarias adoptadas por los establecimientos educacionales.

Al comparar las cifras de estos últimos cuatro años, queda en evidencia un problema estructural en el uso de la expulsión o cancelación de matrícula como medida excepcionalísima, ya que año tras año –independientemente de la movilización estudiantil– ha ido en aumento, lo que demuestra las debilidades normativas y las malas prácticas en materia de marginación escolar, que no cuentan con la debida prevención y fiscalización por parte del Estado para evitar su ocurrencia.

CUADRO 1: DENUNCIAS POR SANCIONES DISCIPLINARIAS Y CANCELACIÓN DE MATRÍCULA, AÑOS 2008-2012

	2008	2009	2010	2011	2012*
Cancelaciones matrícula	1440	1643	2062	2978	1038
Medidas disciplinarias	953	866	1031	1522	342

Fuente: MINEDUC, Oficina de Atención ciudadana, informes anuales 2009 – 2011.
*datos del primer semestre 2012, según informe Oficina de Atención ciudadana, MINEDUC.

Ante el requerimiento de información sobre las acciones tomadas por el MINEDUC en relación con las expulsiones y medidas de extrema condicionalidad impuestas a estudiantes que participaron en las movilizaciones estudiantiles, se señaló al INDH que "este ministerio realizó distintas gestiones tales como reuniones y audiencias con los diversos actores relacionados con los establecimientos educacionales afectados por las movilizaciones, encaminadas a buscar soluciones en los casos solicitados, a través de mediación entre las partes, todo esto con el fin de dar cumplimiento a lo señalado en la Ley 20.553 y asegurar la continuidad de estudios de los estudiantes afectados por esta situación" (Mineduc, Oficio N°392). De esta respuesta se colige que las infracciones a la normativa educacional que representan la sanción de estudiantes con medidas no contempladas en reglamentos internos, la falta al debido proceso y/o la aplicación de sanciones que contravienen normas legales, tipificados como infracción menos grave y graves, fueron calificados como reclamos y no como denuncia, independientemente de si hubiese solicitud o no de mediación. Por lo mismo, el Ministerio tomó acciones distintas a la fiscalización y eventual aplicación de sanciones establecidas en la Ley General de Educación y en el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación parvularia y escolar, y lo hizo solo frente a algunos casos, pese a estar en conocimiento de su ocurrencia en un conjunto más amplio de establecimientos.

67 INDH, *Amicus curiae* Causas Rol 3380-2012; Rol 2266-2012; Rol 3533-2012.

68 MINEDUC, ORD. Nº 392 del 11 de junio de 2012.

Por su parte, los tribunales de justicia han ordenado el reintegro de estudiantes en varios de los llamados establecimientos "emblemáticos"[69], en base a motivos que demuestran el incumplimiento de principios básicos de ajuste del reglamento a la normativa vigente: no aplicación de debido proceso, discriminación en la aplicación de la sanción o inexistencia de la sanción o de la falta en los reglamentos internos, todas situaciones que darían pie para la aplicación de las sanciones del art. 76 de la Ley 20.529 por parte del MINEDUC.

A ello se suman las declaraciones de autoridades ministeriales en torno a la responsabilidad de protección del derecho a educación. El 29 de diciembre de 2011, el subsecretario Fernando Rojas planteó que los sostenedores de cada institución tenían derecho a decidir la continuidad de un alumno en base "al comportamiento o al criterio interno que tengan de convivencia"[70], estableciendo posteriormente que en ello debe resguardarse el debido proceso y que de no ocurrir debiesen hacerse las denuncias correspondientes, dado que "la preocupación del Ministerio de Educación es que los jóvenes tengan alternativas para continuar sus estudios"[71].

De este modo, la expulsión de estudiantes como medida excepcionalísima que pueden adoptar los establecimientos ha ido en aumento en los últimos años, registrándose un incremento significativo en el marco de las movilizaciones estudiantiles de 2011. La obligación del Estado en este campo es fiscalizar y sancionar a los establecimientos que apliquen estas medidas de manera discriminatoria y arbitraria. El MINEDUC no ha cumplido con debida diligencia esta obligación en atención a las atribuciones especiales que le diera el Congreso ni en los casos en que la justicia ha establecido que no ha habido debido proceso y ha ordenado el reintegro de los estudiantes, dado que solo actuó cuando expresamente se le solicitó su mediación, a pesar de que las expulsiones fueron hechos de conocimiento público difundidos a través de diversos medios de comunicación, y en los cuales debió velar por que no existieran "abusos o impedimentos arbitrarios para renovar las matrículas de los alumnos"[72].

Protección del derecho a participación en los asuntos que les afecten

La manifestación estudiantil en sí misma es una expresión del ejercicio del derecho a participación y expresión de niños, niñas y jóvenes en los asuntos que les afecten, y que debiese despertar especial preocupación por parte de las autoridades, para poder cumplir con su obligación de protección, promoción y defensa de estos derechos, así como con el de debida consideración de lo expresado (CRC, art. 12), siendo además un indicador clave en el monitoreo del derecho a educación[73].

En el caso de la educación escolar, el derecho a la participación se encuentra protegido en la Ley General de Educación (DFL N° 2, art 10 a), así como la existencia de organizaciones de diferentes miembros de la comunidad educativa. En cambio, en la educación superior existen limitaciones a la participación estudiantil. De hecho, una de las cinco exigencias planteadas por el movimiento estudiantil se refiere a este tema, demandando una reforma legal que refuerce

69 Corte de Apelaciones de Arica: Rol Nº 217-2011 del 17-07-2011. Corte de Apelaciones de Iquique: Rol Nº 473-2011 del 12-12-2011. Corte de Apelaciones de Valparaíso: Rol Nº 508-2011 del 18-10-2011; Corte de Apelaciones de San Miguel Rol Nº Rol Nº 187-2011 del 05-09-2011 y ratificada por Corte Suprema (Rol Nº 8880-2011); Rol Nº 194-2011 del 12-09-2011 y ratificada por Corte Suprema (Rol Nº 9105-2011); Rol Nº 219-2011 del 13-10-2011; Rol Nº 244-2011 del 14-10-2011; Rol Nº 252-2011 del 28-10-2011; Rol Nº 296-2011 del 19-11-2011 y ratificada Corte Suprema(Rol Nº 11469-2011). Corte de Apelaciones de Santiago: Rol Nº 15876-2011 del 14-11-2011; Rol Nº 2266-2012 del 04-05-2012; Rol Nº 2678-2012 del 26-04-2012 y ratificada por Corte Suprema (Rol Nº 3880-2012); Rol Nº 3380-2012 del 03-04-2012; Rol Nº 3533-2012 del 16-05-2012; Rol Nº 808-2012 del 12-04-2012 y ratificada por Corte Suprema (Rol Nº 3279-2012); Rol Nº 933-2012 del 04-06-2012. Corte de Apelaciones de Concepción: Rol Nº 1125-2011 del 03-10-2011. Corte de Apelaciones de Temuco: Rol Nº 232-2011 del 03-11-2011. Corte de Apelaciones de Puerto Montt: Rol Nº 343-2011 del 31-01-2012 y ratificada por Corte Suprema (Rol Nº 1772-2012). Corte de Apelaciones de Punta Arenas: Rol Nº 59-2011 del 03-09-2011.

70 SoyChile (2011, 29 de diciembre) "Subsecretario de Educación: "Alumnos a los que no se le renueve matrícula en Providencia no serán reubicados". La Segunda. Recuperado el 9 de octubre de 2012 de http://www.lasegunda.com/Noticias/Educacion/2011/12/708627/Subsecretario-de-Educacion-Alumnos-a-los-que-no-se-le-renueve-atricula-en-Providencia-no-seran-reubicados.

71 La Nación (2012, 10 de febrero) "Subsecretario de Educación dijo "entender" cancelación de matrículas". La Nación. Recuperado el 9 de octubre de 2012, de http://www.lanacion.cl/subsecretario-de-educacion-dijo-entender-cancelacion-de-matriculas/noticias/2012-02-10/120719.html

72 Ley 20. 553.

73 La Comisión IDH ha propuesto esta dimensión como una de las categorías o dimensiones de monitoreo del derecho a educación, en el marco de seguimiento al Protocolo de San Salvador. (OEA/Ser.L/XXV. 2.1/GT PSS/doc.2/11 rev. 2, 16 de diciembre de 2011, párr. 70).

los espacios y condiciones para el ejercicio de derechos al interior de los establecimientos educacionales que están restringidas en la actual legislación[74] (CONFECH, ACES Y CONES, 2012).

En respuesta a esta situación, un grupo de diputados presentó en agosto de 2012 un proyecto de modificación legal que permite la asociación de los estudiantes en las universidades (Boletín Nº 8523-04), a la vez que prohíbe impedir dichos procesos y sanciona a las instituciones que lo hagan, avanzando en la solución de esta debilidad.

74 DS Nº 2 de 2010 art. 56, que refunde la Ley General de Educación y la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza en sus partes no derogadas, señala expresamente "e) (…) La forma de gobierno de la nueva entidad deberá excluir la participación con derecho a voto de los alumnos y de los funcionarios administrativos, tanto en los órganos encargados de la gestión y dirección de ella, como en la elección de las autoridades unipersonales o colegiadas".

BIBLIOGRAFÍA

Banco Mundial. (2012). Datos. Indicadores Gasto público en educación, total (% del PIB) Recuperado el 3 de octubre de 2012, de http://datos.bancomundial.org/indicador/SE.XPD.TOTL.GD.ZS

Bravo, D., D. Contreras y C. Sanhueza (1999). "Rendimiento Educacional, Desigualdad y Brecha de Desempeño Privado/Público: Chile 1982-1997", Departamento de Economía, Universidad de Chile, Santiago.

Cámara de Diputados, (2012). Informe de la Comisión Investigadora sobre el Funcionamiento de la Educación Superior. Recuperado el 25 de octubre de 2012 de http://www.scribd.com/doc/98361758/Informe-de-Comision-Investigadora-de-la-Educacion-Superior

Carnoy, M. (1997), "Is privatization through education vouchers really the answer? A comment on West", *World Bank Research Observer,* vol. 12, No 1, Oxford, Oxford University Press.

Casas, L.; Correa, J. y K. Wilhelm. (2001). "Descripción y análisis jurídico del derecho a la educación y la discriminación". En: Gonzales, F. (ed.) *Discriminación e Interés Público.* Cuadernos de Análisis Jurídico Nº 12, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago.

Casas, L. y J. Correa, J. (2001). "Propuesta de políticas públicas y normativas sobre conductas discriminatorias y abusivas en la selección y marginación escolar". En: Gonzales, F. (ed.) *Discriminación e Interés Público.* Cuadernos de Análisis Jurídico Nº 12, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago.

Casas, L.; Ahumada, C., Ramos, L. y A. Guajardo. (2008). "La convivencia escolar, componente indispensable del derecho a la educación (Estudio de Reglamentos Escolares)". *Serie reflexiones Infancia y adolescencia Nº 11.* Santiago: Unicef.

CESCR. (1999). Observación General Nº 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos económicos Sociales y Culturales). Ginebra.

CESCR. (1999). Observación General Nº 13. El derecho a educación (artículo 13 del Pacto). Ginebra.

CESCR. (2007), *Evaluación de la Obligación de Adoptar Medidas hasta el "Máximo de los Recursos de que Disponga" de Conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto,* Ginebra. E/C.12/2007/1

Chile. (2007). *Constitución Política de la República de Chile*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.

Chile. (2009). *Ley General de Educación.* Ley N° 20.370, publicada en el Diario Oficial del 12 de septiembre de 2009.

Chile. (2010). *Fija texto Refundido la Ley General de Educación y la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza en sus partes no derogadas.* DS N° 2, publicada en el Diario Oficial del 2 de julio de 2010.

Chile. (2011). *Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización.* Santiago, Chile. Ley 20.529, publicada en el Diario Oficial del 27 de agosto de 2011.

Chile. (2011). *Establece Normas de Excepción en Materia de Subvenciones a Establecimientos Educacionales.* Ley 20.553 publicada en el Diario Oficial del 28 de noviembre de 2012.

Chile. (2011). *Ley de Presupuestos del Sector Público Año 2012.* Ley 20.557 publicada en el Diario Oficial del 15 de diciembre de 2011.

CONFECH, CONES Y ASES. (2012). *Cinco exigencias fundamentales para un nuevo sistema educacional.* Recuperado el 01 de octubre de 2012, de http://fech.cl/5-exigencias-fundamentales-para-un-nuevo-sistema-educacional/

Contreras, D., Hojman, D., Huneeus, F. y O. Landarretche. (2011). El lucro en la Educación Escolar: Evidencia y desafíos regulatorios. *Trabajos de Investigación en Políticas Públicas* N° 10. Depto. de Economía, Universidad de Chile.

CRC. (2001). *Observación General N° 1. Párrafo 1 del artículo 29: Propósito de la Educación.* CRC/GC/2001/1. Ginebra.

CRC .(2006). *Observación General N° 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia.* CRC/C/GC/7/Rev.1. Ginebra.

CRC. (2004). Informe del Comité de Derechos del Niño. Documentos Oficiales. Quincuagésimo noveno período de sesiones, *Suplemento 41.* A/59/41.

Educación 2020. (2012, 11 de septiembre) "Educación 2020 advierte que proyecto de Reforma Tributaria puede profundizar segregación escolar". Recuperado el 29 de octubre de 2012 de http://www.educacion2020.cl/noticia/educacion-2020-advierte-que-proyecto-de-reforma-tributaria-puede-profundizar-segregacion

DIPRES. (2012). *Informe de Ejecución Partida. Ministerio de Educación.* Recuperado el 1 de octubre de 2012, de http://www.dipres.gob.cl/574/propertyvalue-15459.html

División de Educación Superior, *Ministro Beyer realiza primera entrega de estados financieros de instituciones de educación superior,* recuperado el 2 de octubre de 2012, de http://www.divesup.cl/index2.php?id_contenido=19945&id_portal=38&id_seccion=3056

División de Educación Superior, *Ministro Beyer mostró el avance de la situación financiera de Instituciones de Educación Superior 2012,* recuperado el 2 de octubre de 2012 a, de http://www.divesup.cl/index2.php?id_contenido=19491&id_portal=38&id_seccion=3056

Drago, J. y Paredes, R. (2011). La brecha de calidad en la educación chilena. Revista Cepal 104: 167-180. Santiago.

INDH. (2011). *Informe Anual Situación de los derechos humanos en Chile.* Santiago.

INDH. (2012). *Amicus curiae* Liceo Tajamar, presentado ante la CA de Santiago. Causa Rol 3380-2012.

INDH. (2012). *Amicus curiae* Liceo 7 de Niñas de Providencia presentado ante la CA de Santiago. Causa Rol 2266-2012.

INDH. (2012). *Amicus curiae* Liceo Lastarria presentado ante la CA de Santiago. Causa Rol 3533-2012.

Libertad y Desarrollo. (2012, septiembre). "Reforma Tributaria: El difícil recorrido del proyecto que no logró cerrar el debate". *Temas Públicos* N°1078.

McEwan, P. (2003). "Peer effect on student achievement: evidence from Chile", Economics of Education Review, vol. 22, No 2, Amsterdam, Elsevier.

Ministerio de Educación. (2002). *Política de Convivencia Escolar. Hacia una educación de calidad para todos.* Santiago, Unidad de Apoyo a la Transversalidad.

Mineduc. (2011). Orientaciones para la elaboración y actualización del reglamento de Convivencia Escolar. Unidad de Transversalidad Educativa. División General de Educacioón. Mineduc.

Mineduc. (2012). "Especiales: Nueva Superintendencia Escolar", Mineduc. Recuperado el 12 de noviembre de 2012 de http://www.supereduc.cl/index3.php?id_contenido=20223&id_seccion=4220&id_portal=1

Muñoz, V. (2005). *Informe del Relator Espacial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz Villalobos.* Ginebra, E/CN.4/2005/50

Muñoz. (2011). *El derecho a educación: una mirada comparativa.* Santiago: Unesco.

OEA. (2011). *Indicadores de Progreso para Medición se derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador.* Washington, D.C., OEA/Ser.L/XXV. 2.1/ GT PSS/doc.2/11 rev. 2.

OACDH/UNESCO. (2006). *Plan de Acción. Programa Mundial para la educación en derechos Humanos. Primera Etapa.* Nueva York: ONU.

OACDH. (2009). Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Folleto informativo N°33,* Génova.

OCDE. (2012). *Education at a Glance 2012: OECD Indicators. Chile –Key Facts.* Recuperado de http://www.oecd.org/edu/EAG2012%20-%20Key%20Facts%20-%20Chile.pdf

ONU. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos.*

ONU. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.*

Singh, K. (2011). *Informe provisional del Relator Espacial sobre el derecho a la educación,* Ginebra, A/66/269

Singh, K. (2011a). Declaración Pública "Hay que oír con atención el reclamo estudiantil en Chile" Recuperado el 1 de octubre de 2012 de http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11357&LangID=S

Tokman, M. (2002). Is private education better? Evidence from Chile. Central Bank of Chile. Working Paper, 147.

Tomasevsky, K. (1999). Informe preliminar de la Relatora especial del derecho a la educación, Sra. Katarina Tomasevsky, presentado de conformidad a la resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos. Ginebra, E/CN.4/1999/49.

Tomasevsky, K. (2000). *Informe provisional de la Relatora especial del derecho a la educación, Sra. Katarina Tomasevsky, presentado de conformidad a la resolución 1999/25 de la Comisión de Derechos Humanos.* Ginebra, E/CN.4/2000/6.

Tomasevsky, K. (2001). *Informe anual de la Relatora especial del derecho a la educación,* Sra. Katarina Tomasevsky, presentado de conformidad a la resolución 2000/9 de la Comisión de Derechos Humanos. Ginebra, E/CN.4/2001/52.

Tomasevsky, K. (2002). *Informe presentado por la Sra. Katarina Tomasevsky. Relatora especial del derecho a la educación. Misión a los Estados Unidos de América,* 24 de septiembre a 10 de octubre de 2001. Ginebra, E/CN.4/2002/60/ Add.1.

Tomasevsky, K. (2004). *Informe presentado por la Sra. Katarina Tomasevsky.* Relatora especial del derecho a la educación. Ginebra, E/CN.4/2004/45

Unesco. (2007). *Educación de Calidad para Todos. Un Asunto se Derechos Humanos.* Documento de discusión sobre políticas educativas en el marco de la II Reunión Intergubernamental del Proyecto Regional de Educación para América Latina y el Caribe (EPT/PRELAC). 29 y 30 de marzo de 2007; Buenos Aires, Argentina.

Unesco. (2008). *Informe sobre la séptima reunión del Grupo Mixto de Expertos Unesco (CR)/Consejo Económico y Social (CESCR) sobre el seguimiento del derecho a la educación.* Paris, 179 EX/24

Unesco. (2011). *Informe de Seguimiento de la ETP en el Mundo 2011. Anexo Cuadros Estadísticos.* Paris: Ediciones Unesco. Recuperado el 3 de octubre de 2012, de http://www.unesco.org/pv_obj_cache/pv_obj_id_2765D871B0FBB23F417073C70A94672878461100/filename/gmr2011-statistical-tables-es.pdf

Valenzuela, J.P., Bellei, C. y De los Ríos, D. (2009). *"Evolución de la segregación socioeconómica de los estudiantes chilenos y su relación con el financiamiento compartido",* En Evidencias para Políticas Públicas en Educación, FONIDE, Ministerio de Educación.

3

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS



Fotografía: Catalina Navarro

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS 3

ANTECEDENTES

Desde iniciada la recuperación democrática, el Estado ha desarrollado políticas públicas e institucionalidad para abordar la situación de exclusión social y política de los pueblos indígenas, con resultados disímiles en la práctica. Ejemplos de ello son la aprobación de la Ley 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas (1993), la consecuente creación de la Corporación de Desarrollo Indígena –CONADI– y la formulación de una política de restitución de aguas y tierras para avanzar en dirección de recuperar y superar la división de las tierras indígenas. A ello se sumó la adhesión a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en 2007 y la ratificación del Convenio 169 de la OIT en septiembre de 2008.

El INDH ha sostenido que la relación entre el Estado y los pueblos indígenas no puede concebirse sin que el primero se haga cargo del legado de despojos y privaciones que han sufrido dichos pueblos, no sólo en relación con sus tierras, territorios y recursos naturales, sino también en términos del avasallamiento de la identidad política y cultural como consecuencia de la discriminación y la negación histórica de derechos de que han sido objeto dichos pueblos (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010, pág. 97). Ello ha redundado en que, a pesar de las políticas mencionadas y del mejoramiento de los indicadores sociales[1], persista un cuadro de "[s]istemáticas inequidades tanto en la distribución del poder político como en el acceso a recursos materiales y sociales ( )" (CEPAL; ATM , 2012, pág. 22).

Algunas de las expresiones de la relación entre el Estado y los pueblos indígenas durante el período del que da cuenta este Informe Anual están dadas por la persistencia de la demanda insatisfecha que reivindica derechos políticos y territoriales; las denuncias por casos de violencia policial con afectación de derechos –fundamentalmente de niños y niñas–[2]; el incumplimiento y la consecuente judicialización de algunas de las principales obligaciones que se derivan del Convenio 169 de la OIT; la insistencia de los órganos de persecución estatal en invocar la legislación antiterrorista para determinar responsabilidades penales en actos de violencia en el marco del conflicto intercultural; el desarrollo de nuevas huelgas de hambre sostenidas por personas indígenas privadas de libertad que alegan violación a las normas del debido proceso[3], y finalmente, en la ausencia de un marco normativo, tanto a nivel del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo, que permita al Estado cumplir con el deber de consulta y participación de conformidad a los estándares internacionales que rigen la materia.

En este contexto, el INDH ha desarrollado en 2012 diversas acciones en cumplimiento de su mandato institucional, tales como Misiones de Observación en comunidades mo-

1 De acuerdo a la CASEN 2011, la evolución de la pobreza por etnia 1996-2011, ésta disminuyó de un 35,1% (1996) a un 19,2% (2011). No obstante persiste la brecha entre pobres indígenas (19,2%) y no indígenas (14,0%) (Ministerio de Desarrollo Social, 2012 a).

2 Violencia policial y aplicación de la legislación antiterrorista a los pueblos indígenas son tratados en el capítulo sobre seguridad democrática y derechos humanos.

3 El pasado 27 de agosto cuatro integrantes de la comunidad Wente Winkul Mapu, comuna de Ercilla, iniciaron huelga de hambre. Se trata de Paulino Levipan Coyán (22) y Daniel Levinao Montoya (20) condenados, en agosto pasado, a 11 años de presidio por los delitos de homicidio frustrado a Carabineros y porte ilegal de armas de fuego. Eric Maximiliano Montoya Montoya (23) y Rodrigo Melinao Montoya (20), imputados por un presunto homicidio frustrado a un carabinero.

vilizadas (Carahue, Wente Winkul Mapu, Trafún, Temucuicui[4]); elaboración de documentos sobre proyectos e iniciativas, normativas que deben ajustarse a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado[5]; observación y seguimientos a juicios que involucran a integrantes del pueblo mapuche[6]; e interposición de acciones de tutela de garantías constitucionales a favor de niños y niñas e integrantes de pueblos indígenas[7]. Adicionalmente, ha continuado su participación en la Comisión por los Derechos del Pueblo Mapuche[8], no obstante la decisión de los familiares de los presos mapuche de retirarse de dicha instancia[9], con el objetivo de elaborar un informe final que se dará a conocer hacia fines de 2012.

La relación con los pueblos indígenas requiere abordarse desde una perspectiva que respete los derechos colectivos e individuales de dichos pueblos, lo que implica incorporar en las políticas públicas y diseños institucionales una aproximación que reconozca el pluralismo cultural[10] (Kaluf, 2005), asumiendo la diversidad de la sociedad chilena con el objeto de instaurar relaciones interculturales asentadas en el respeto y garantía de los derechos sin discriminación.

Ello requiere que el Estado, en todos sus niveles, supere el ideario asimilacionista y asuma la vigencia actual de un marco normativo internacional vinculante del cual emanan obligaciones de respeto y garantía[11] que consagran un nuevo paradigma en el relacionamiento con dichos pueblos, sobre la base del reconocimiento de derechos individuales y colectivos que en tanto pueblos les asiste.

En el presente capítulo se aborda, en particular, el derecho a la libre determinación a la luz del derecho internacional, y el proceso de consulta y participación, concebido como uno de los mecanismos que consagra dicho principio. Finalmente, se revisan algunos aspectos de la política de tierras y aguas en este período.

LIBRE DETERMINACIÓN Y RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

NORMAS NACIONALES Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

El derecho internacional de los derechos humanos asienta el principio conforme al cual los pueblos indígenas tienen el derecho de libre determinación, en cuya virtud son libres para decidir sobre su condición política, así como para determinar sus prioridades en materia de su desarrollo económico, social y cultural.

4 Misión de Observación Región de la Araucanía, 17 al 20 de enero de 2012; Misión de Observación a Trafún, Comuna de Panguipulli, 7 y 8 de marzo de 2012; Misión de Observación Temucuicui, Comuna de Ercilla, 17, 18 y 19 de agosto de 2012.

5 El INDH ha presentado su opinión en relación al Reglamento del Servicio de Impacto Ambiental, la Ley de pesca y el deber de consulta.

6 Caso "Fundos San Leandro y Tres Luces", RUC 0900033605-7, Lautaro; Caso "Tur Bus o By-Pass Grande", RUC 0900697670-8, Temuco; Caso "Peaje Victoria" RUC 090096218-2, Victoria.

7 El INDH interpuso acción de amparo ROL Nº 604-2012, Corte de Apelaciones de Temuco, a favor de los niños MMQ, 13 años, JMM, 18 años, LM, 17 años y FLN, de 17 años, y tres varones mayores de edad, por hechos ocurridos el 23 de julio de 2012, en las inmediaciones del Hospital de Collipulli, en circunstancias que familiares de comuneros detenidos en la ocupación de un predio reivindicado por la Comunidad de Temucuicui, fueron heridos por impactos de proyectiles de perdigón. El INDH se ha hecho parte, apelado y alegado amparos deducidos por la Defensoría Penal Pública: a) por hechos ocurridos el 7 de junio de 2012, al interior del lof Wente Winkul Mapu, comuna de Ercilla, que fue allanado en un operativo de carabineros en el que resultaron heridos siete comuneros mapuche, incluidos tres niños (GVM, 17 años; AVM, 15 años; y AM, 10 años) y un anciano de 78 años (Rol Nº 449-2012 Corte Apelaciones de Temuco; ROL Nº 5.441-12, Corte Suprema); b) por el menor de la Comunidad de Temucuicui, comuna de Ercilla, FMM, por hechos ocurridos el 08 de diciembre de 2011, en circunstancias que la comunidad fue allanada en un vasto operativo policial. El INDH interpuso acción de tutela de protección de garantías constitucionales (ROL Nº 127-2012, Corte de Apelaciones de Temuco), en relación a hechos ocurridos el 10 de enero de 2012 con motivo de la interrupción de tránsito en la Carretera Panamericana Cinco Sur, en el sector de Metrenco, Comuna de Padre Las Casas. La intervención policial derivó en transgresión de derechos de niños y niñas de la Comunidad José Jineo, Sector Rofué, comuna de Padre Las Casas. Entre las personas afectadas se encuentran: SLP, 13 años, JLP, 9 años, AQP, 2 años 6 meses.

8 Constituida formalmente el 21 de julio de 2011 en la ciudad de Concepción, en el marco del término de la huelga de hambre sostenida por cuatro comuneros mapuche condenados en el juicio denominado "Cañete".

9 La Comisión sesionó en dos oportunidades el año 2012: el 5 de julio en la ciudad de Santiago y el 5 de septiembre de 2012 en Concepción. Para mayor información, ver www.indh.cl

10 "Según la definición dada por la UNESCO, el pluralismo cultural se define como la respuesta política al hecho de la diversidad cultural; es decir, todas las regulaciones, normas, estrategias y movimientos políticos generados por los estados y grupos políticos en torno a ella" (Kaluf, 2005, pág. 121).

11 Constituido por el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los órganos de control de tratados, sistemas especiales de Naciones Unidas y las instancias jurisdiccionales que ofrece el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) como el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) consagran este principio. El primero de estos instrumentos señala en su artículo 1º que "[t]odos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural". Agrega enseguida que "[p]ara el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia".

Los pueblos son los titulares de este derecho, y en ellos radican las facultades que el derecho internacional reconoce, en cuanto a adoptar sus formas de organización social y política, y de definir sus estrategias de desarrollo.

Relevando la importancia de este derecho, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que el ejercicio del mismo constituye condición esencial para la eficaz garantía y observancia de los demás derechos reconocidos en el Pacto[12].

Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, la Declaración) expresa que"[l]os pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural" (art. 2), y agrega que "[l]os pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas" (art. 4). La misma Declaración señala que el contenido y ejercicio de ese derecho no podrá interpretarse en el sentido de "[q]ue autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes" (art. 46).

12 Comité DDHH. Observación General Nº 12. Derecho de libre determinación. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.1). 13 de marzo de 1984, párr.1.

En el caso del Convenio 169 de la OIT, si bien no establece expresamente el derecho de libre determinación, reconoce que los pueblos indígenas tienen el derecho a "[…] asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, y de su desarrollo económico, y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones" (Preámbulo). Este criterio permea el Convenio 169, constituyendo una expresión de aquello la consagración del deber de garantizar a los pueblos "[e]l derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural […]" (art. 7 Convenio 169). Por otra parte, el Convenio 169 da un paso sustantivo al reconocer la condición de 'pueblos' que les asiste a las poblaciones indígenas. Este instrumento utiliza este concepto para referirse a los colectivos indígenas, al tiempo que explicita que dicha condición "[n]o deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional" (art. 1.3 Convenio 169).

Por lo tanto, en el ámbito del derecho internacional convencional indígena se reconoce el principio de la libre determinación en el marco de la integralidad de las soberanías de los Estados nacionales. De esta manera, a los efectos de comprender los alcances de la autodeterminación indígena se ha diferenciado entre la autodeterminación externa, cuya expresión máxima lo constituye el derecho a la independencia, de la autodeterminación interna, que se refiere a los casos de los pueblos indígenas u otras comunidades diferenciadas que habitan al interior de Estados independientes (Seelau & Seelau, Implementación del derecho a la libre determinación indígena en Chile, 2012, pág. 249)[13]. Esta

13 Para los autores citados, "La libre determinación externa es aquella reconocida en el PIDCP y el PIDESC, donde el ejercicio del derecho tiene como consecuencia la independencia y formación de un nuevo Estado. En cambio, la libre determinación interna rompe con el significado tradicional al implicar un ejercicio del mismo derecho, pero no la formación de un nuevo Estado, sino la creación de espacios y oportunidades para permitir a los pueblos indígenas determinar libremente su futuro dentro de los Estados en que conviven. Como se observa, esta segunda noción se desarrolló para que los Estados accedieran a reconocer la libre determinación –dejando de lado los reparos respecto de posibles divisiones– y aprobaran el Convenio 169" (Seelau & Seelau, Implementación del derecho a la libre determinación indígena en Chile, 2012, pág. 249).

interpretación ofrece la posibilidad de transferencia de espacios de decisión política a los pueblos indígenas, al considerarlos dentro de los países independientes como sujetos de derecho capaces de determinar y decidir libremente sus prioridades (Seelau & Seelau, 2012, p. 249)[14].

La Declaración y el Convenio avanzan en esta dirección, al consignarse que dichos pueblos son titulares de participar libremente en la adopción y decisión en todas aquellas medidas que sean susceptibles de afectarles directamente, por medio de sus propias instituciones políticas, económicas y sociales, las que tienen derecho a mantener y desarrollar. Ello incluye, el derecho a la definición de sus prioridades y estrategias para el ejercicio del derecho al desarrollo (artículos, 18, 20, 23, 25, 32 y 33 Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; artículos 2, 6, 7, entre otros, Convenio 169).

Reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas

La experiencia comparada da cuenta de la posibilidad de conciliar el carácter unitario del Estado y el reconocimiento de la diversidad de pueblos y naciones, incluido el principio de la libre determinación[15].

Chile no ha reconocido a nivel constitucional los derechos de los pueblos indígenas. Ello constituyó uno de los compromisos asumidos con dichos pueblos en el Acuerdo de Nueva Imperial (1989), y representó en el contexto de la transición democrática una de las demandas de carácter político de los pueblos indígenas.

Avanzar hacia ello ha sido parte de las medidas anunciadas por diversas administraciones y fuente de recomendaciones formuladas por distintos órganos de control de tratados[16], constituyendo uno de los temas en el Examen Periódico Universal (2009)[17]. En dicha oportunidad, el Estado asumió el compromiso de "[c]ompletar el proceso de reconocimiento constitucional de las poblaciones indígenas, mediando las debidas consultas [...]"[18]. El mismo llamado ha sido formulado por los dos últimos relatores especiales sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen (2003)[19] y James Anaya (2009)[20], a lo que se suma el deber del Estado por avanzar en esta dirección en el marco de la solución amistosa ante la Comisión IDH (2004) en el caso Huenteao Beroiza y otros vs Chile[21].

Desde 1991 han ingresado al Congreso numerosos proyectos de reforma constitucional que abordan de distintas maneras la concesión de derechos políticos o el reconocimiento constitucional, ninguno de los cuales ha sido

14 Opinión distinta a esta interpretación es la sostenida por el actual Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, quien sostiene que el derecho a libre determinación es uno y que al igual que otros pueblos, a los indígenas les asiste el derecho de optar por la independencia. Ver James Anaya, "El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración en: ((Jorge Contesse Singh, 2012), pie de página nº14). Antes y en relación a nuestro país, el Relator Stavenhagen sostenía que el "[e]l derecho de los pueblos a la libre determinación, siendo un derecho humano universal (como lo establece el artículo 1º de ambos Pactos Internacionales de derechos humanos, ratificados por Chile), se aplica a todos los pueblos, incluso los pueblos indígenas, como lo reafirma el Convenio 169 de la OIT y otros documentos internacionales". Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2004/80/Add.3. 17 de noviembre de 2003, párr. 43.

15 En el ámbito del constitucionalismo latinoamericano existe un amplio reconocimiento a la diversidad cultural (Ecuador, art.1; México, art. 2; Nicaragua, art. 5; Venezuela art. 119). La Constitución de Bolivia señala que "dada la existencia pre colonial de las naciones y pueblos originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autodeterminación, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y a la ley".

16 Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E/C.12/1/Add.105. 26 de noviembre de 2004. Párr. 13; Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007. párr.14 letra a); Comité de Derechos Humanos. CCPR/C/CHL/CO/5. 17 Abril 2007, párr. 19; Comité para le eliminación de discriminación racial. CERD/C/CHL/CO/15-18. 7 de septiembre de 2009, párr. 16.

17 Comisión de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo. A/HRC/12/10. 4 de junio de 2009, párr. 30, 70.

18 Comisión de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo. A/HRC/12/10. 4 de junio de 2009, párr. 96, número 57.

19 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2004/80/Add.3. 17 de noviembre de 2003, párr. 15, 41, 43, 44.

20 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya. A/HRC/12/34/Add.6. 5 de octubre de 2009, párr. 14,51.

21 Informe de la Comisión IDH Nº 30/04. Solución amistosa, Mercedes Julia Huenteao Beroiza y Otras Vs. Chile, 11 de marzo de 2004.

consultado ni ha prosperado[22]. El esfuerzo por materializar dicha reforma se ha visto obstruido, entre otras causas, por la resistencia que genera el término "pueblos" y los temores a una eventual afectación a la naturaleza indivisible y unitaria del Estado chileno. Se trata de un tema que ha sido central en el debate legislativo y que se dio tempranamente al discutirse el proyecto de ley que finalmente culminó con la dictación de la Ley Nº 19.253 (Ley Indígena). En ese entonces, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, acogiendo la postura del ex ministro de la dictadura y miembro de la Junta Militar, senador designado (1990-1998) Santiago Sinclair Oyaneder[23], reemplazó el término pueblo del proyecto original por el de etnias, por estimar que este último término recogía "cabalmente las ideas que fundamentan la iniciativa"[24].

Las mismas resistencias se expresaron a propósito de la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Así, en julio de 2000, un conjunto de parlamentarios interpuso un requerimiento por inconstitucionalidad del tratado, frente al cual el Tribunal resolvió que el Convenio no se contraponía a la carta fundamental y que el término aludido equivalía a "un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la ley suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado"[25].

Uno de los últimos esfuerzos encaminados a lograr el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas fue la inclusión de la iniciativa de reforma constitucional que se tramita desde 2009 (fusión de dos propuestas presentadas respectivamente por el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet y por parlamentarios de las bancadas de la Alianza[26]) en la llamada "Gran consulta indígena". La actual administración buscaba someter a consulta, junto con el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la propuesta de nueva institucionalidad indígena y el mecanismo de la consulta. Este proceso finalmente se suspendió en septiembre de 2011, como consecuencia del rechazo que concitó el proceso entre organizaciones indígenas[27], de derechos humanos[28] y en el Congreso Nacional[29].

Todas las iniciativas sin excepción han sido objeto de críticas por parte de estos actores porque, por una parte, han sido concebidas sin consulta previa ni participación de los propios interesados, y por otra, porque no reflejan los estándares internacionales fijados en el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. De esta manera, representa un desafío para los actores políticos y para el Estado establecer relaciones fundadas en el reconocimiento de la identidad indígena

22 Boletín Nº 513-07, año 1991, Mensaje, Reforma Constitucional relativa a los pueblos indígenas, rechazado; Boletín Nº 2360-07, año 1999, Moción, Reforma constitucional que reconoce la existencia de los pueblos indígenas y les otorga participación política en el Estado, en trámite; Boletín Nº 4069-07, año 2006, Moción, Establece una reforma constitucional sobre pueblos indígenas, archivado; Boletín 5324-07, año 2007, Moción, Proyecto de reforma constitucional que reconoce el aporte de los pueblos originarios a la conformación de la nación chilena, en trámite; 5522-07 (Refundido con 5324-07), año 2007, Mensaje, Reconoce a los Pueblos Indígenas de Chile, en trámite; Boletín 8438-07, año, 2012, Moción, Modifica la Constitución Política de la República, estableciendo normas sobre la participación y la representación política de los Pueblos Indígenas, en trámite.

23 El Senador Sinclair "manifestó su discrepancia al uso de estos términos en el proyecto, toda vez que la totalidad de los habitantes del territorio nacional integran el pueblo chileno, que es uno y único, siendo absolutamente inadecuado, desde un punto de vista geopolítico, la aceptación tácita, de la existencia de pueblos aborígenes o indígenas al interior del territorio" Senado, sesión 10ª, legislatura de 13 de julio de 1993, párr. 1317.

24 Senado, sesión 10ª, legislatura de 13 de julio de 1993, párr. 1317.

25 Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional con fecha 4 de Agosto de 2000, considerando 44, en causa sobre requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio169, Rol Nº 309.

26 Boletines 5324-07 y 5522-07.

27 Ver Informe Alternativo 2010 respecto del cumplimiento del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, al cumplirse un año de su entrada en vigencia en Chile. Elaborado por: Consejo de Longko del Pikun Wijimapu - el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales - el Grupo de Trabajo Mapuche sobre los Derechos Colectivos - el Observatorio Ciudadano – Wallmapuwen. 1º de septiembre de 2010.

28 Informe Intermedio de Organizaciones No Gubernamentales sobre el seguimiento de las Observaciones Finales del Examen Periódico Universal al Estado de Chile (A/Hrc/12/10) 4 de Junio de 2009. Corporación Humanas; Observatorio Ciudadano; Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales; Corporación Opción; CODEPU, págs. 10, 11 y 50, 51, 52, 53 y 54.

29 Cámara de Diputados, Sesión 109 de 16 de noviembre de 2011, votó favorablemente Proyecto de Acuerdo Nº 462 de 5 de octubre de 2011 por el que se solicita al Presidente de la República derogar el Decreto Supremo 124 por cuanto vulnera el Convenio 169. Ver Senado de la República, legislatura 359ª, Sesión 40ª, 3 de agosto de 2011, que aprueba Proyecto de Acuerdo solicitando la suspensión del Proceso de Consulta impulsado por el Gobierno.

como sujeto colectivo de derechos. Avanzar en este debate, en el marco de un Estado centralizado y unitario, con las resistencias propias de todo poder consolidado a abrir nuevos espacios de deliberación política y compartir porciones de poder, no es tarea fácil. Se trata de un desafío que requiere discutir acerca de la distribución de poder que ostenta en exclusividad el propio Estado. No obstante los desafíos que ello entraña, el marco normativo internacional y la experiencia comparada ofrecen evidencia suficiente de que ello es factible[30], y aún más, requisito para avanzar cabalmente en el respeto y garantías de los demás derechos que a los pueblos indígenas les asisten.

EL DEBER DE CONSULTA

El deber estatal de consultar previamente toda medida legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas representa uno de los principales desafíos para la implementación del Convenio 169 de la OIT. La consulta constituye un "verdadero instrumento de participación"[31], un "diálogo genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común"[32]. Avanzar en la garantía del derecho de los pueblos indígenas a desarrollar sus propias instituciones sociales, económicas, políticas y culturales (art. 5 Declaración y 8.2 del Convenio 169) supone dos exigencias de distinto orden: por un lado, el Estado debe respetar y proteger dicho derecho, y por otro lado, los propios pueblos indígenas deben avanzar en la dirección de indicar cuáles son las instituciones representativas que harán parte de los procesos de consulta. Este es un camino que debe ser transitado y que requiere de definiciones por parte de los pueblos indígenas.

LA CONSULTA SOBRE LA CONSULTA

El 8 de agosto de 2012, el Poder Ejecutivo dio a conocer la nueva propuesta de regulación de la consulta y participación indígena, con el fin de reemplazar el actual Decreto 124 del Ministerio de Planificación (25 de septiembre de 2009)[33] y regular el deber de consulta de acuerdo al art. 6 del Convenio 169 de la OIT.

Si bien de acuerdo a la información proporcionada por el Gobierno la misma será sometida a conocimiento de los pueblos interesados para "…así poder recibir sus observaciones y sugerencias, logrando finalmente un reglamento de consulta consensuado según los más altos estándares internacionales en la materia" (CONADI, 2012), esta no se ha verificado aún. De conformidad a lo recomendado por el Relator James Anaya y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, debe crearse de manera concertada con los pueblos indígenas "[u]na legislación que regule el derecho a la consulta previa de conformidad con el Convenio No 169 de la OIT y las recomendaciones pertinentes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT –CEACR–, para que se celebren todas las consultas previas de una manera que respete el consentimiento libre y fundamentado […]"[34]. No hay antecedentes que permitan conocer en qué medida se ha cumplido hasta el momento con este requisito, ni cómo se cumplirá con el mismo en las etapas sucesivas.

En relación con el contenido de la propuesta gubernamental, ella no satisface los estándares internacionales en varios aspectos de relevancia, y requiere ser mejorada sustancialmente. Dentro de las debilidades que se advierten, una se refiere a que, en tanto un Decreto Supremo sólo puede vincular a la administración centralizada, quedan otros órganos sin regular, cuando la consulta representa un deber para todo el Estado y no sólo para ciertos órganos.

Uno de los ámbitos que ha generado mayores controversias entre el Estado y los pueblos indígenas es el de los proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas. La propuesta gubernamental contradice los compromisos

30 Ver nota al pie nº 15.

31 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya. A/HRC/12/34/Add.6. 5 de octubre de 2009, párr. 23.

32 CEACR: Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, Bolivia, 2005, párr. 6.

33 El INDH ha destacado los defectos sustantivos del decreto vigente. El principal es, sin duda, la falta de participación indígena en su elaboración, y que consagra un procedimiento que se limita a "escuchar y considerar" las opiniones de las organizaciones indígenas reconocidas por ley, alejándose y rebajando los estándares internacionales (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010).

34 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Observaciones Finales (Colombia) CERD/C/COL/CO/14; 28 de agosto de 2009, párr. 20.

internacionales asumidos por el país, en la medida en que propone que estos proyectos sean sometidos a los procedimientos de consulta contemplados en la Ley 19.300 de Medio ambiente y en el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, lo que como se verá a continuación disminuye los estándares en esta materia.

Respecto de las medidas a ser consultadas la propuesta diferencia entre aquellas de carácter legislativo y las de naturaleza administrativa. Respecto de las primeras propone consultar las ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional y de los proyectos de ley, desconociendo que se debe someter a consulta todo aquello que sea efectivamente susceptible de afectar a un pueblo directamente. En este sentido, el Congreso debe realizar procesos de consulta durante la tramitación parlamentaria, a los fines de garantizar la posibilidad de participar de la discusión a lo largo de todo el proceso de producción normativa. En materia administrativa, la propuesta entrega al órgano de la administración responsable de la medida, junto con la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, "evaluar la pertinencia de iniciar un proceso de consulta"La norma debiera instaurar, sin perjuicio de los deberes estatales en la materia, un mecanismo de solicitud por parte de las instituciones indígenas para la realización del derecho en relación a una medida administrativa. En este sentido, se debiera garantizar una instancia de reclamación y eventual impugnación de la decisión de no someter a consulta una determinada materia, de forma tal de cautelar el ejercicio del derecho.

Organizaciones indígenas han advertido las insuficiencias de la propuesta[35], la que no logra superar los problemas del Decreto 124 y garantizar a los pueblos indígenas la participación efectiva en los asuntos que les conciernen de acuerdo a los estándares internacionales, desafío clave para la construcción de un diálogo entre el Estado y estos pueblos.

35 Declaración pública de autoridades ancestrales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas Autoconvocados (16 de agosto de 2012; Declaración Pública de la Alianza Autónoma de Pueblos Indígenas por el nuevo proceso de consulta sobre la consulta que mutila el Convenio 169 de la OIT; Declaración pública de la Comunidad Kawésqar residente en Puerto Edén, sobre el proyecto de Reglamento de Consulta y Participación del Convenio 169 de la OIT presentado por el Gobierno de Chile (23 de agosto de 2012).

Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

En virtud de la Reforma introducida a la Ley Nº 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, mediante la Ley Nº 20.417 publicada el 26 de enero de 2010, se creó una nueva institucionalidad ambiental compuesta por el Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental –SEA– y la Superintendencia del Medio Ambiente. A su vez, se introdujeron modificaciones al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental –SEIA–, que requiere ser reglamentado. Este Reglamento debe regular la "Participación ciudadana y de apoyo para la evaluación de efectos significativos sobre pueblos originarios en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental –SEIA–"[36].

La importancia del establecimiento de mecanismos de consulta y participación adecuados en esta materia es clave, en la medida en que existe una importante presión derivada de la necesidad de contar con nuevas fuentes energéticas en el país y el interés en la explotación de recursos naturales (hídricos, minerales, forestales y otros), emplazados en tierras y territorios indígenas.

La autoridad ambiental ha desarrollado acciones para dar cumplimiento al deber de consulta en relación con el Reglamento[37], no obstante ello ha sido objeto de críticas por parte de organizaciones y representantes de los pueblos indígenas (Autoridades Tradicionales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas Autoconvocados, 2012) y representantes indígenas elegidos de CONADI[38].

36 La reforma a la Ley Nº 19.300 introdujo un inciso segundo al artículo 4º que mandata que "[l]os órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."

37 Servicio de Evaluación Ambiental. Oficio Nº 121998/12 de 31 de octubre de 2012. Da cuenta del proceso de consulta iniciada "[a] comienzos del año pasado [...] el que concluyó en el mes de diciembre del mismo año, aun cuando en la práctica ésta se extendió hasta los primeros días de enero de este año con el objetivo de recoger de la mejor manera posible las observaciones planteadas por los pueblos indígenas". De acuerdo con la información recibida, se realizaron 80 talleres en los que participaron aproximadamente 2.700 personas. Al mismo tiempo se realizaron 185 talleres con comunidades y representantes de los pueblos indígenas. Se analizaron 342 propuestas, 92 de las cuales proponen modificaciones que generaron "alguna modificación a la propuesta reglamentaria original".

38 Declaración del Consejero Indígena Rafael Tuki (Observatorio Ciudadano, 2012).

De acuerdo con la información proporcionada por el Servicio de Evaluación Ambiental, el proceso de consulta llevado a cabo formó parte de la denominada Consulta sobre Institucionalidad Indígena que se inició en marzo de 2011 y culminó en septiembre del mismo año, suspendida por el Poder Ejecutivo a requerimiento de diversos actores tanto indígenas como no indígenas. El Servicio de Evaluación Ambiental, previo acuerdo con los consejeros indígenas nacionales de la CONADI (integrantes de la Comisión de Consulta), acordó que la propuesta de nuevo Reglamento del SEIA continuaría su curso de forma independiente a la Consulta sobre Institucionalidad Indígena, "con el compromiso asumido por parte del Gobierno de que una vez que se determine el mecanismo de consulta definitivo que reemplazara al DS Nº 124, se estudiará la alternativa más factible en orden a definir lo siguiente: a) Incorporación del nuevo mecanismo de consulta al Reglamento del SEIA; o b) afinación del mecanismo de consulta establecido en el Reglamento del SEIA mediante una nueva consulta de acuerdo al reglamento que reemplace al DS Nº 124 de MIDEPLAN"[39]. El proceso culminó en diciembre del año pasado. Al cierre de este informe, el Servicio se encuentra elaborando el Informe definitivo sobre el proceso llevado a cabo.

El 28 de mayo de 2012, el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, órgano presidido por la Ministra del Medio Ambiente e integrado por los titulares de Agricultura, Salud, Economía, Energía, Obras Públicas, Vivienda y Urbanismo, Transporte y Telecomunicaciones, Minería y Desarrollo Social, acordó pronunciarse favorablemente respecto de la dictación del nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental[40]. Ante esta situación, la Red por los Derechos de los Pueblos Indígenas y del Programa de Derechos Indígenas de la Fundación Chile 21, interpusieron un escrito de "se tenga presente"[41] ante la Contraloría General de la República, que deberá tomar razón del Decreto Supremo que fija y promulga dicho reglamento, fundado en que éste "[a]dolece de vicios que lo hacen insalvablemente nulo por haber omitido requisitos esenciales establecidos en la Constitución Política de la República de Chile y por normas internacionales de derechos humanos establecidos en el Convenio Nº 169 [...]" (Red por los Derechos de los Pueblos Indígenas y Programa Indígena Fundación Chile XXI). Adicionalmente, a la fecha de redacción del presente Informe se tramita ante la Corte de Apelaciones de Santiago un recurso de protección interpuesto por algunas organizaciones indígenas en contra del Consejo Ministerial para la Sustentabilidad por el acuerdo aprobatorio de la propuesta de Reglamento, alegando la omisión de la consulta a los pueblos indígenas y la insuficiencia de la propuesta respecto del estándar de consulta de conformidad al Convenio 169 de la OIT[42].

El Reglamento del SEIA debe someterse a un proceso de consulta acorde a los estándares internacionales en la materia y recepcionar los principios concurrentes a la consulta, entre ellos, que independiente de la magnitud del proyecto de inversión en tierras y territorios indígenas y siempre que sea susceptible de afectar a dichos pueblos, estos deben ser consultados[43]. El Reglamento restringe las hipótesis en que dicha consulta resulta obligatoria para la autoridad ambiental,

39 Servicio de Evaluación Ambiental. Oficio Nº 121998/12 de 31 de octubre de 2012.

40 Acuerdo Nº 8/2012 en el que se pronuncia sobre el Nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

41 Escrito que expone a la autoridad contralora los déficits que a juicio de los autores del mismo representa la decisión adoptada por el órgano de la administración pública.

42 Corte de Apelaciones de Santiago Rol Nº 19995-2012. Interpuesto el 27 de junio de 2012, por representantes de las siguientes organizaciones: Corporación Cultural Aymara Jach'a Marka Aru; Comunidad Indígena mapuche Huilliche Pepiukelen; Organización mapuche LaKu TuN; Consejo Autónomo Ayllu Sin Fronteras. Ya el año pasado, cómo se señaló en el Informe Anual 2011, la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales había interpuesto un recurso administrativo de invalidación del Decreto Supremo 124 por restringir de manera inconstitucional la aplicación del convenio 169 en relación al deber de consulta (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 38).

43 El art. 15(2) Convenio 169 de la OIT al respecto señala que "[e]n caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras". Por su parte la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas indica en su art. 31.2 que "[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos minerales, hídricos o de otro tipo".

aplicándola solamente en los Estudios de Impacto Ambiental[44], y referido a tres casos: (i) reasentamiento de comunidades humanas, o la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (artículo 11 letra c) de la ley general de medio ambiente en relación al artículo 7 del Reglamento SEIA; ii) localización en o próxima a población protegida, debiendo considerarse para tal efecto la "magnitud o duración de la intervención o emplazamiento del proyecto o actividad en o alrededor de áreas donde habite población protegida por leyes especiales" (artículo 11 letra de la ley Nº 19.300); y iii) alteración de sitios de valor antropológico para lo cual debe considerarse la proximidad a lugares donde se lleven a cabo manifestaciones propias de la cultura de algún pueblo indígena (art 11 letra f) de la Ley 19.300 en relación con el artículo 1 del Reglamento. Ello deja al margen de la consulta indígena otros proyectos de inversión que no necesariamente reúnan esas características y, sin embargo, sean susceptibles de afectar a dichos pueblos.

Adicionalmente, se debe advertir un aspecto que no ha sido recogido ni en la ley ni su reglamento y es que de verificarse la hipótesis de traslado o reasentamiento es requisito la obtención del consentimiento previo de los pueblos afectados. En este sentido, se debe respetar y garantizar el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales a no ser trasladados sin su consentimiento previo (art. 16.1 Convenio 169), y a obtener dicho consentimiento respecto de proyectos de alto impacto para sus formas de vida, identidad cultural y otros derechos esenciales[45], lo que debiera quedar expresamente reseñado en la propuesta de Reglamento.

44 Servicio de Evaluación Ambiental. Oficio Nº 121998/12 de 31 de octubre de 2012. Pre Informe Final Procesos de Consulta Indígena sobre el Reglamento del SEIA, Guías de Procedimiento de participación ciudadana y de apoyo para la evaluación de alteraciones significativas sobre pueblos originarios. Pág. 9. Un Proyecto que ingresa al Sistema de evaluación ambiental lo puede hacer a través de un Estudio (EIA) o una Declaración de Impacto Ambiental (DIA). El primero demanda un procedimiento más riguroso en la evaluación, plazos y requisitos de sustentabilidad, en atención a que se trata de casos taxativos que suponen un alto impacto socioambiental. El DIA es más flexible para el titular del proyecto, en cuanto a requisitos de admisibilidad y permisos, en cuanto supone un menor impacto socioambiental.

45 Comisión IDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 332.

Consulta y Poder Legislativo

La necesidad de regular los procedimientos de consulta, como ha sido señalado por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, alcanza al Poder Legislativo, "[q]ue como han hecho notar los mecanismos de control de la OIT, usualmente no prevé[n] la inclusión de consultas del tipo contemplado por el artículo 6"[46]. Ello es corolario de que las medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente tienen que ser necesariamente tramitadas en el Congreso Nacional[47].

No ha habido avances en orden a que el Poder Legislativo se dote de un mecanismo permanente para cumplir con este deber. La creación en 2010 de la Comisión Especial de Pueblos Originarios, a nivel de la Cámara de Diputados, cuyo mandato vence el 15 de diciembre de 2012, no ha redundado en iniciativas concretas que permitan establecer en el Poder Legislativo un mecanismo de consulta a los pueblos indígenas[48]. En el Senado de la República no se ha constituido, ni de manera permanente ni en carácter de especial, ninguna instancia que permita avanzar en dirección a cumplir con esta obligación de consulta. Ante este escenario, la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara Alta reiteró este año al Presidente de la Corporación la necesidad de contar "[c]on un mecanismo que dé cumplimiento a la obligación emanada de los artículos 6º y 7º del Convenio 169 de la OIT, […]", sugiriendo para ello "[l]a formación de una comisión bicameral, integrada por los miembros de las Comisiones de Derechos Humanos de ambas Corporaciones. Esta propuesta establecerá un mecanismo institucionalizado, que permitirá contar con un solo proceso por cada iniciativa

46 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. 5 de octubre de 2009A/HRC/12/34/Add. 6, párr. 36

47 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. 5 de octubre de 2009A/HRC/12/34/Add. 6, párr. 43.

48 Petición de 41 diputados. Creada el 14 de septiembre de 2010. (Cámara de Diputados, 2012)

legal que tenga que ser consultada en los términos del citado tratado internacional"[49].

Durante 2012, dos casos dan cuenta de la necesidad de concretar a la brevedad un mecanismo en este nivel: el proyecto de modificación de la Ley General de Pesca y la aprobación del proyecto de reforma constitucional que modifica el art. 126 bis de la Constitución Política, sobre territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández.

a.- Consulta y Ley General de Pesca

El 14 de diciembre de 2011 ingresó a la Cámara de Diputados el Mensaje con el que se propone modificar la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la Ley 18.892, en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal, y regulaciones y fiscalización[50]. En el marco de la discusión del proyecto de ley, la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados ofició al INDH con el objeto que "informe sobre el estado de cumplimiento del trámite de consulta previa, dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en la tramitación del proyecto de ley […]"[51]. Al respecto, cabe señalar como antecedente que el Ministerio de Economía informó a la misma Comisión que por tratarse de una norma de carácter general no había susceptibilidad de afectación directa a los pueblos indígenas, que es la condición que el estándar del Convenio 169 exige para que proceda la consulta[52].

En su respuesta, el INDH sostuvo que en virtud del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional chileno, dicho deber existe. Entre otras razones, por la existencia de pueblos indígenas cuyas formas de vida están directamente relacionadas con el recurso marítimo (Lafkenche, Rapanuí, Kawésqar), que forma parte de su hábitat, y que es el que se pretende regular mediante la propuesta de reforma legislativa. El estándar en esta materia impone que tratándose de recursos naturales de los hábitats indígenas, se establezcan procedimientos de consulta con miras a "determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación […]" (art. 15 Nº 2. Convenio 169 OIT).

Esta posición fue compartida por la organización indígena "Identidad Territorial Lafkenche"[53] y la Comunidad indígena Kawésqar residente en Puerto Edén[54], las que han expresado al Congreso sus reparos al proceso que ha seguido la modificación de la Ley de Pesca y Acuicultura, que se centran en el incumplimiento del deber de consulta por parte del Gobierno y del Parlamento.

El proyecto se aprobó en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados (18 de Julio de 2012) y pasó al Senado sin haber sido consultado, lo que representa una infracción al Convenio 169. Por acuerdo de Comités del Senado[55] (4 de septiembre 2012), se autorizó a que la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura sesionara en regiones y realizara una consulta a los pueblos indígenas. En septiembre, la Comisión llevó a cabo reuniones en Punta Arenas, Puerto Montt, Puerto Aysén, San José de la Mariquina, Toltén, Temuco, Lebu y Coronel, en las que se escuchó la opinión de personas y organizaciones indígenas[56]. A la fecha de redacción del presente Informe, el Senado aprobó en general la idea de legislar, sin haber llevado a cabo un proceso de consulta de conformidad a los estándares que el Convenio 169 exige[57].

49 Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado. Oficio Nº DH/36/12 de 2 de mayo de 2012.

50 Cámara de Diputados. Boletín 8091-21.

51 Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, Cámara de Diputados, Oficio núm. 461-2012 de 5 de julio de 2012.

52 Ver: Razones por las que el proyecto de ley que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura (Boletín 8091-21) no requiere consulta indígena, SSV/AVP/11.06.2012.

53 El 12 de junio, una delegación de nueve dirigentes representantes de la Identidad Territorial Lafkenche expuso ante parlamentarios de distintas bancadas la importancia de que el pueblo mapuche lafkenche sea consultado y participe del proceso legislativo. .

54 Comunicado a la Comisión de Pesca y Acuicultura del Senado sobre la necesidad del cumplimiento efectivo del Derecho a la Consulta y el acceso a los recursos hidrobiológicos del pueblo Kawésqar. s/f.

55 Diario de sesiones del Senado, Legislatura 360ª sesión 45ª, 4 de septiembre de 2012.

56 Informe de la Comisión de Intereses marítimos, pesca y acuicultura del Senado de la República.

57 Sesión 56ª / 360 de 17 de Oct. de 2012. Discusión general. Aprobado en general se fija como plazo para presentar indicaciones el 29 de octubre de 2012.

En la tramitación de este proyecto de ley, el Ministerio de Economía planteó una cuestión clave en materia de consulta y que dice relación con cuándo una medida legislativa o administrativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. La opinión del Ministerio de Economía contrasta con la sostenida por otras reparticiones públicas como, por ejemplo, el Instituto Nacional de Estadística (INE). Dicho servicio, en relación con el Censo 2012, llevó a cabo un proceso de consulta (diciembre de 2010-junio de 2011) sobre el borrador del cuestionario del XVIII Censo Nacional de Población y VII de Vivienda 2012. Una interpretación restrictiva de la noción de afectación directa conduciría a consultar únicamente aquellas preguntas específicamente dirigidas a los pueblos indígenas, en este caso, aquellas sobre pertenencia identitaria y dominio de la lengua indígena. Sin embargo, el INE optó por incluir en la consulta el borrador completo del censo, poniendo en primer lugar las preguntas directamente dirigidas a los pueblos indígenas. Esto permitió que las personas participantes se pronunciaran sobre otros aspectos que a primera vista no resultaban de evidente afectación. Así, las personas consultadas se pronunciaron ante la pregunta sobre pertenencia étnica, siendo ésta modificada de manera de permitir una respuesta adecuada para aquellos indígenas que determinan su identidad a partir de su condición de indígenas. Algo similar sucedió con la pregunta sobre religión, donde se agregó la alternativa "espiritualidad indígena" para incluir otras prácticas espirituales propias de los pueblos. Incluso más, aspectos como vivienda, pertenencia étnica, basura y reciclaje, propiedad de vivienda y sitio, servicio doméstico y situación laboral fueron modificadas en función de las observaciones hechas en el proceso de consulta. Al incluir el cuestionario completo en la consulta, la autoridad se aseguró que afectaciones no perceptibles a primera vista fueran tratadas en el proceso e incluso mejoró otros aspectos del borrador del censo.

b.- Reforma constitucional sobre territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández

Como consecuencia de las movilizaciones llevadas a cabo por integrantes del pueblo rapanui en 2009, destinadas a regular la situación migratoria, y previo proceso de consulta, el gobierno de la presidenta Bachelet envió un Mensaje que modifica el art. 126 bis de la Constitución Política, sobre territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández. Por medio de esta reforma se pretendía generar mayores espacios de participación y protección del patrimonio ambiental y cultural, toda vez que dichos territorios "conforman ecosistemas frágiles y muy vulnerables, cuya protección, desarrollo y cautela requiere la adopción de una serie de acciones, tanto legislativas como administrativas, destinadas a controlar de mejor manera aquellos aspectos que influyen en el potencial y progresivo deterioro de los elementos en los que se sustenta su medio ambiente"[58]. Ello respondía a una demanda que ya en 2003 fue recogida por el entonces Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, quien planteó que el "[p]ueblo rapanui ve amenazada su identidad debido al incremento de la inmigración en la isla y la falta de control de las autoridades tradicionales sobre las implicaciones de dichos flujos"[59].

En ese marco, el 24 de octubre de 2009 se efectuó en Rapanui una consulta destinada a conocer la opinión que el pueblo de la isla tenía acerca de la iniciativa, proceso que culminó con un acto plebiscitario que incluyó a todas las personas mayores de 18 años pertenecientes a dicho pueblo. Una amplia mayoría aprobó la opción de modificar la Carta Fundamental. En la tramitación de dicho proyecto de ley, en agosto de 2011, el Poder Ejecutivo formuló en la Cámara de Diputados una indicación sustitutiva sin consulta a los pueblos concernidos; y finalmente, el 10 de enero de 2012 se votó en el Senado una propuesta que difiere de la originalmente consultada al pueblo indígena rapanui.

La tramitación de estos proyectos revelan la importancia de que el Poder Legislativo se dote de un mecanismo permanente y adecuado a los fines de cumplir con el deber de consulta.

58 Mensaje Nº 1487-357. 28 de octubre de 2009. Historia de la Ley Nº 20.573 Reforma Constitucional sobre territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández.

59 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2004/80/Add.3. 17 de noviembre de 2003. Resumen, pág. 3.

Consulta y Poder Judicial

La Corte Suprema ha emitido algunos fallos tendientes a establecer el deber de consulta de conformidad al Convenio 169 de la OIT [60], y ha sostenido, en el marco de la vista de acciones de protección de garantías constitucionales, que los proyectos de inversión en tierras indígenas deben realizarse previo Estudio de Impacto Ambiental y la consulta efectuarse de acuerdo al estándar estipulado en el citado Convenio. Es el caso del proyecto "Parque Eólico Chiloé" (marzo de 2012) en que la Comunidad Indígena Antu Lafquén de Huentetique impugnó la resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos que calificó favorablemente una Declaración de Impacto Ambiental. En dicho fallo, la Corte Suprema resolvió que tal resolución devino en lesión a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, "porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas"[61]. Sostuvo igualmente que la consulta indígena no se satisface con la sola transmisión de información a las comunidades y pueblos, discurriendo sobre la posibilidad que los pueblos concernidos puedan influir efectivamente en las decisiones que los afecten, "[c]on el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad"[62]. Al ver el recurso deducido contra el Proyecto de Sondaje Prospección Paguanta (Tarapacá), la Corte Suprema sostuvo, en marzo de este año, similares argumentos[63]. Otro fallo en esa dirección lo representó el "Caso El Morro"[64], en donde la Corte Suprema confirmó la sentencia apelada de 17 de febrero de 2012 dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

No obstante los fallos mencionados, hay casos en que la Corte Suprema no establece el deber de consulta. Fue la situación de la "Línea de Transmisión Melipeuco-Freire"[65] (junio de 2012), por el que se revocó la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Temuco[66] que había resuelto favorablemente la petición de la asociación indígena Tragun Mapu Maile Allipén y otras, para dejar sin efecto una autorización ambiental.

La Corte de Temuco sostuvo que el proyecto debió haber sido sometido a evaluación mediante un Estudio de Impacto Ambiental y no mediante una Declaración[67], ya que el proyecto se emplaza en un espacio que afectaría a lo menos a siete sitios del Territorio Maile-Allipén, incluidos territorios de significación cultural y religioso. A pesar de lo sostenido por los jueces de Temuco, la Corte Suprema revocó el fallo apelado, en consideración a que "los recurrentes no han explicitado razonablemente cómo les afectaría el proyecto calificado favorablemente por la autoridad ambiental recurrida. De ello se sigue que el reproche de ilegalidad fundado en la omisión de este deber de consulta dispuesto por el mencionado Convenio también ha de ser desestimado"[68].

Los fallos analizados este año dan cuenta de la judicialización del deber de consulta, especialmente asociada a proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas, así como de una ausencia de uniformidad de la jurisprudencia en estos temas.

TIERRAS, TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES

El derecho internacional de los derechos humanos ha establecido un sólido marco normativo destinado a amparar la especial significación que tiene para los pueblos indígenas su relación con las tierras, territorios y recursos naturales.

60 Corte Suprema. Rol 259-201. 13 de julio de 2011. Caso San Pedro de Atacama.

61 Corte Suprema. Rol Nº10.090-2011. 22 de marzo de 2012. Considerando Noveno.

62 Ibídem. Considerando Octavo.

63 Corte Suprema. Rol Nº 11040-2011. 30 marzo de 2012.

64 Corte Suprema. Rol Nº 2211-2012. 27 de abril de 2012.

65 Corte Suprema, Rol Nº 1602-2012. 8 de junio de 2012.

66 Corte de Apelaciones de Temuco. Rol Nº 349-201. 20 de enero de 2012.

67 De conformidad a Ley Nº 19.300, los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 de la referida ley, sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental (art. 8). El titular de todo proyecto o actividad que deba ser sometido a evaluación de impacto ambiental, deberá presentar una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o elaborar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), según corresponda (art.10). De esta manera y en términos generales, un EIA procede respecto de proyectos de alto impacto socioambiental (art. 11). Mientras que la DIA es exigible respecto de proyectos estimados por la ley de menor significancia. Las diferencias son sustanciales en términos de procedencia obligatoria, estudios de impacto, procedimientos, plazos, requisitos y efectos, siendo más intenso el control respecto de un EIA.

68 Corte Suprema, Rol Nº 1602-2012. 8 de junio de 2012. Considerando octavo.

Tanto el Convenio 169 como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas imponen obligaciones de respeto y protección que, en términos generales, se orientan a garantizar el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocuparon (art 14.1 Convenio 169; art. 26.1 de la Declaración), debiendo los Estados desarrollar procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos indígenas (art. 14.3 Convenio 169; art. 26.3). A ello se suma el reconocimiento de los procedimientos tradicionales para la transmisión de las tierras dentro de las comunidades y la exigencia de que los Estados brinden protección contra el abuso y la intrusión de terceros (OIT Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT, pág. 97).

En el marco de las obligaciones que derivan del derecho internacional de los derechos humanos está la de establecer mecanismos que al interior de los ordenamientos jurídicos permitan reconocer, restituir y proteger los derechos sobre tierras y recursos indígenas de ocupación ancestral[69].

En las últimas dos décadas, el Estado ha desarrollado acciones en orden a reparar la situación de despojo y usurpación de tierras de las que fueron objeto históricamente los pueblos indígenas en Chile, las que han resultado insuficientes. En este proceso un hito relevante lo constituyó la entrada en vigencia de la Ley 19.253, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y la formulación de una política de restitución y protección de aguas y tierras indígenas. A ello se suma el diseño e implementación de una política de restitución a cargo del Fondo de Tierras dependiente de CONADI (art. 20), que desde la fecha de su creación hasta 2009 ha restituido un total de 657.520 ha, con una inversión de aproximadamente 292 millones de dólares (CEPAL; ATM, 2012, pág. 20).

Adicionalmente se ha implementado el Programa de Desarrollo Territorial Indígena dependiente del Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP), el que tiene por finalidad apoyar a "familias indígenas mediante instrumentos que busquen fortalecer sus actividades silvoagropecuarias y actividades asociadas, respetando su cosmovisión y procurando optimizar, desarrollar y consolidar sustentablemente sus sistemas productivos, permitiéndoles con ello incrementar sus ingresos y mejorar su calidad de vida"[70]. A 2012, dicho Programa atiende a 28.515 personas y su presupuesto es de M$13.662.387[71].

En materia de derecho territorial indígena, la Corte Suprema ha sostenido recientemente que el derecho de propiedad indígena se encuentra amparado constitucionalmente en el derecho de propiedad en sus diversas especies (art. 19. Nº 24), que tratándose de tierras indígenas por su "[p]ropia naturaleza, tiene características específicas que han llevado al legislador históricamente a regularlas, conjuntamente con otras materias y que en la actualidad tal estatuto es la Ley Nº 19.253, que se refiere a todo el régimen aplicable [...]"[72].

La normativa nacional en esta materia tiene déficits que deben superarse. En este sentido el INDH ha sostenido que el Poder Ejecutivo y el Congreso deben avanzar en la generación de una legislación que establezca mecanismos que garanticen la restitución de las tierras tradicionales, según entiende por ellas el derecho internacional de los derechos humanos. En ese marco, y para el caso que dichas tierras estén inscritas a nombre de particulares, dicha legislación debe contemplar, entre otros mecanismos, las causales de expropiación que permitan la restitución eficaz de esas tierras indígenas con la correspondiente compensación a favor de terceros. Para el caso que esas tierras estén a nombre del fisco, la legislación debe contemplar el expreso reconocimiento de la propiedad indígena sobre ellas, determinando modos y plazos para su delimitación e inscripción a nombre de sus titulares indígenas, estableciendo garantías judiciales efectivas para su restitución, delimitación e inscripción. Adicionalmente, el INDH ha recomendado que dicha legislación salvaguarde el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011 b).

69 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya. A/HRC/12/34/Add.6. 5 de octubre de 2009.

70 INDAP. Ordinario Nº 068560 de 29 de octubre de 2012.

71 Ibídem.

72 Corte Suprema. Rol Nº 3863-2012. 21 de septiembre de 2012. Considerando Octavo.

La restitución y el reconocimiento de los derechos territoriales siguen representando una de las principales fuentes de tensión entre el Estado y los pueblos indígenas, lo que expresa las insuficiencias políticas e institucionales para encarar la demanda de restitución.

Durante 2012, ello se ha reflejado en la ocupación de predios por parte de comunidades indígenas que alegan derechos ancestrales sobre sus tierras y territorios, y en ese marco de movilización, la afectación al derecho a la integridad física y psíquica de personas indígenas por el uso desproporcionado de la fuerza por parte de funcionarios policiales.

Por su parte, parceleros, transportistas y agricultores expresaron su temor por la violencia y los daños causados a la propiedad, incluidos vehículos, casas y enseres que han sido afectados por acciones de hecho. Lo más lamentable fue la muerte producto de un disparo del funcionario de la policía de Carabineros Hugo Albornoz Albornoz (2 de abril de 2012), en el marco de un allanamiento practicado en una comunidad. El INDH, a través de su Directora, se ha reunido con pequeños parceleros y agricultores de Pidima afectados por estos hechos[73], y ha reiterado la condena a actos de violencia que superan las legítimas demandas de comunidades e integrantes de pueblos indígenas. En ese marco, el INDH reiteró su posición en cuanto a que la protesta y la movilización social, constituyendo un elemento del desarrollo de la democracia del país, se debe ejercer de manera pacífica. En ese mismo orden de ideas, se expresó la confianza en que los órganos públicos competentes determinen las responsabilidades de estos hechos por medio de procedimientos que se ciñan estrictamente a los estándares internacionales de derechos humanos, incluido el derecho a un debido proceso.

Esta tensión ha cristalizado con especial fuerza en la Región de la Araucanía y de los Ríos. En esta última, en la localidad de Trafún, comuna de Panguipulli, las comunidades mapuche Vicente Reinahuel y Juan Painepe 2 reivindican como propias 13.000 hectáreas de tierras actualmente en posesión de la Sociedad Agrícola Las Vertientes. Dentro de los territorios reclamados se encuentra emplazada la "Pampa Sagrada", lugar sagrado donde se emplaza un rewe (altar sagrado), alrededor del cual se celebra la ceremonia religiosa del nguillatún. En febrero de 2012 las comunidades denunciaron que este rewe habría sido sacado de su ubicación tradicional; en los días siguientes se realizaron dos allanamientos al interior de la comunidad. Tras estos acontecimientos, la Red de Organizaciones Medio Ambientales de Panguipulli y el Parlamento de Coz Coz[74] solicitaron al INDH el envío de una misión de observación a la zona, la que se realizó el 7 y 8 de marzo[75].

En la Región de la Araucanía, la comunidad Wente Winkul Mapu, Comuna de Ercilla, reivindica unas 2.500 hectáreas en posesión de empresas forestales y de particulares (Fundo Centenario). Desde 2009, los comuneros realizan ocupaciones de predios reivindicando derechos ancestrales, lo que se ha extendido hasta el año en curso constituyendo una fuente de conflicto y violencia.

En la misma Región, la comunidad de Temucuicui (Puente de madera de Temu), Comuna de Ercilla, tiene una larga historia de reivindicaciones de sus derechos políticos, culturales y territoriales. En este marco de movilizaciones se han dado situaciones de violencia con afectación de derechos a niños y niñas mapuche que han sido representadas por la Comisión IDH[76], la que en nota pública condenó el uso desproporcionado de la fuerza por parte de carabineros[77].

Ante este complejo escenario, el Gobierno ha anunciado diversas medidas, entre ellas la creación de dos nuevas Áreas

73 Misión de Observación a la Araucanía entre el 25 y el 27 de julio de 2012.

74 El Parlamento de Coz Coz, según los testimonios del periodista Mauricio Durán y del profesional del Observatorio Ciudadano, Hernando Silva, es una organización que surge de la conmemoración de los 100 años del Parlamento de Coz Coz de 1907 y su objetivo es constituirse como una instancia de "defensa del territorio y de los derechos ancestrales de las comunidades mapuche" de Panguipulli. Entrevista con Mauricio Durán y Hernando Silva, Trafún, 7 de marzo de 2012.

75 El año 2011 se realizan ocupaciones por comuneros de Trafún, cinco mapuche fueron formalizados en octubre de 2011 por los delitos de usurpación no violenta, hurto y daños. Causa RUC 1100259614-K, RIT 314-2011 del Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli.

76 CIDH. Comunicado Público de 2 de agosto de 2012.

77 Los hechos de violencia contra niños y niñas indígenas motivó a que la organización Alianza Territorial Mapuche ocupara las dependencias de UNICEF, la que luego de 39 días –2 de septiembre– depuso, tras llegar a un acuerdo para que representantes del organismo internacional se constituyan en la zona para verificar las denuncias de abusos a la infancia.

de Desarrollo Indígena (ADI[78] en Ercilla y Collipulli (Mensaje 21 de mayo 2012). En el caso de la ADI de Ercilla, el 8 de octubre de este año fue firmado el Decreto Supremo que la establece, iniciativa que habría sido respaldada por 37 de las 42 comunidades indígenas de la zona, beneficiando a 1.082 familias mapuche (Vargas, 2012).

Adicionalmente, el Poder Ejecutivo ha impulsado un plan de inversión de recursos públicos orientados a mejorar las condiciones de vida de la Región llamado "Arauco Avanza" (junio 2012) y el Plan Especial de Seguridad para la Región de La Araucanía (julio de 2012), que considera ocho medidas adicionales para reforzar el resguardo del orden público, entre las que se incluye el envío a la región de un equipo multidisciplinario del Ministerio del Interior y Seguridad Pública para evaluar ayuda y asistencia a víctimas de los atentados que han quedado en una situación de absoluta vulnerabilidad material o sicológica". Todas estas medidas debieron implementarse en el plazo de 30 días[79].

Junto con expresar su rechazo a la violencia, el INDH advierte que la construcción de una solución duradera no puede ser resuelta mediante la exacerbación del recurso punitivo, y que el derecho de propiedad de terceros y la garantía del derecho de las comunidades de ser restituidas en sus tierras ancestrales, no justifica el uso de la violencia por ninguna persona. En este sentido, la búsqueda de soluciones que permitan la armonización de los derechos en conflicto debe orientarse a facilitar condiciones que permitan un diálogo genuino entre todos los actores involucrados en orden a garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

Derecho al agua y pueblos indígenas[80]

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha señalado que el agua constituye un recurso limitado, indispensable para vivir dignamente, y que garantizar su acceso representa una condición previa para la realización de otros derechos humanos[81].

En relación con los pueblos indígenas, el Comité sostuvo la obligación de los Estados de velar por que se proteja el acceso a dicho recurso en sus tierras ancestrales[82]. Ello es consistente con el derecho de los pueblos a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales con el fin de garantizar su propia estrategia de desarrollo. "Este reconocimiento es de suma relevancia, pues desde la perspectiva de los derechos indígenas el derecho al agua constituye un derecho colectivo, cuyo titular son los pueblos originarios y que forma parte del derecho esencial de los pueblos a la autodeterminación (Yáñez & Gentes, 2005, pág. 5)".

Tanto el Convenio 169 como la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas desarrollan ampliamente los derechos a la tierra y sus recursos naturales, en términos de ofrecer garantías de protección y de "[p]articipación en la utilización, administración y conservación de dichos recursos" (art. 15.1 Convenio 169 OIT).

En nuestro país, la Constitución garantiza que "[l]os derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos" (art. 19 Nº 24 inc. final). Dicha ley es el Código de Aguas[83] (1981), el que las define como bienes nacionales de uso público respecto de los cuales los particulares podrán constituir un derecho de aprovechamiento

78 Las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI) surgen a partir de la aplicación del Art. 26º de la Ley 19.253. De acuerdo a esta normativa, son espacios territoriales determinados en los cuales los órganos de la Administración del Estado deben focalizar su acción para el mejoramiento de la calidad de vida de las personas de origen indígena que habitan en dichos territorios.

79 Las medidas anunciadas consisten en el incremento de la fuerza policial en la zona y del equipamiento "[p]ara enfrentar la violencia, con plena coordinación y más eficaces tácticas operativas. Se incrementará la capacidad de observación y detección a distancia; se intensificará el control vehicular en la zona y se pondrá particular énfasis en la recopilación de pruebas que acompañen las investigaciones de los fiscales". Se mejorarán las instancias de coordinación Regional de las policías y se instalarán nuevas subcomisarias en la localidad de Pidima, comuna de Ercilla, y un retén en las cercanías de dicha localidad. Se crea la Unidad Permanente y Especializada de abogados para el seguimiento de querellas criminales a nivel de la Intendencia Regional y se intensificarán el control de estas medidas cautelares personales, para que éstas se cumplan en la forma y fondo que ha establecido el respectivo tribunal (Gobierno de Chile, 2012).

80 El derecho al agua en relación a los pueblos indígenas no ha sido tratado en Informes anteriores, y en consideración a su importancia es tratado en este apartado. Ello explica que la información que se ofrece exceda el período de observación del Informe Anual 2012.

81 Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Nº 15. El derecho al agua. E/C.12/202/11. 20 de enero de 2003, párr. 1.

82 Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Nº 15. El derecho al agua. E/C.12/202/11. 20 de enero de 2003, párr. 16 letra d).

83 Decreto con Fuerza de Ley 1122 de 29 de octubre de 1981.

(art. 5 Código de Aguas), que otorga a los titulares el derecho al uso, goce y disposición (art. 6 Código de Aguas). El derecho de aprovechamiento de aguas se constituye por resolución judicial, con independencia de si quien lo solicita es dueño/a o no de la tierra donde está ubicada el agua.

Dada la importancia del recurso hídrico para la supervivencia de los pueblos indígenas, la Ley 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas estableció un marco normativo de carácter general y uno específico en relación a los pueblos indígenas del Norte Grande. Así se creó el Fondo de Aguas dependiente de CONADI, a los fines de "[f]inanciar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas o financiar obras destinadas a obtener este recurso" mediante subsidios. Los derechos de aguas adquiridos por este Fondo no pueden ser enajenados durante 25 años desde el día de su inscripción (art. 22 Ley 19.253).

De manera específica, y dada la carencia del recurso hídrico en el norte del país, la Ley 19.253 estatuyó un régimen especial de protección de las aguas de las comunidades aimara y atacameña, en cuya virtud "[s]erán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena […] las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas"(art. 64 Ley 19.253). CONADI junto a la Dirección General de Aguas deben establecer un convenio "[p]ara la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas […]" (art.3 Ley 19.253).

Como se puede apreciar, respecto de las aguas del Norte Grande, el legislador hace un explícito reconocimiento a los derechos ancestrales de las comunidades incluso en oposición a derechos de terceros legalmente inscritos. Sin embargo, a pesar de ello, esta zona del país es testigo de las tensiones que generan proyectos de inversión y el aumento de la concentración de dicho recurso para satisfacer la demanda de agua de la industria minera, afectando la supervivencia de pueblos que se asientan en hábitats sensibles a dichas presiones, lo que ha incidido en la destrucción de su "[a]gricultura, ganadería y economía y provocando migración masiva hacia las ciudades" (Programa Chile Sustentable, 2010, pág. 9). Así, comunidades aymara de Cancosa (Comuna de Pozo Almonte) han denunciado los efectos del Proyecto minero Cerro Colorado, filial de la empresa BHP Billiton, en las aguas de Pampa Lagunilla (Programa Chile Sustentable, 2010, pág. 43). Lo mismo ha sido representado por comunidades de la Comuna de María Elena (Región de Antofagasta) como consecuencia de la explotación y contaminación del Río Loa por parte de CODELCO (Programa Chile Sustentable, 2010, pág. 47). El Proyecto Pascua Lama, de propiedad de Barrick Gold, está en conflicto con las comunidades indígenas diaguita del Valle del Huasco (Región de Atacama) por la destrucción de glaciares que abastecen de agua a dicho valle. Ello motivó a que las comunidades afectadas recurrieran a la Comisión IDH, la que en 2009 declaró admisible la petición contra el Estado en razón a que "[l]a ejecución del proyecto en el centro del territorio ancestral afectaría el ejercicio de sus actividades económicas tradicionales, alteraría sus costumbres y formas de vida, generaría daños ambientales en su hábitat y se les privaría de recursos naturales esenciales para garantizar sus derechos económicos, sociales y culturales ( ) [y los] colocaría en situación de vulnerabilidad alimenticia y económica y, consecuentemente, amenazaría su supervivencia e integridad territorial y cultural, al poner en riesgo la totalidad del ecosistema que sustenta tales espacios territoriales[84].

En el sur, como consecuencia de la sobreexplotación forestal de monocultivos de especies exógenas (pino y eucalipto), tierras ricas en agua se han visto gravemente afectadas por la desecación de napas y aguas superficiales, constituyendo hoy un bien escaso y fuente igualmente de disputa con las empresas forestales emplazadas en territorios indígenas (Correa & Mella, 2010, pág. 299).

En relación con el recurso hídrico, la Ley 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas no ofrece garantías a la reivindicación de derechos ancestrales salvo en el caso del Norte Grande, con las dificultades que se han mencionado. Esto significa que al igual que en el caso de los derechos territoriales, la legislación nacional no reconoce derechos sin los títulos de dominio constituidos conforme al

84 Comisión IDH. Informe Nº 141/09. Petición Nº 415-07, Admisibilidad Caso Comunidades Agrícolas Diaguita de los Huascoaltinos Vs Chile. 30 de noviembre de 2009.

Código de Aguas, desconociendo las formas de ocupación y dominio indígena que el derecho internacional de los derechos humanos consagra para estos pueblos. Adicionalmente se ha planteado que la protección que ofrece la ley en esta materia "[e]s restrictiva, ya que dispone que dicha protección es aplicable sólo a los derechos reales de aprovechamiento constituido o regularizados con cargo al Fondo de Aguas Indígenas y por un plazo de 25 años, al cabo del cual quedan liberalizados los derechos e ingresan al mercado de aguas" (Yañez & Gentes, 2005, pág. 17).

En base al derecho internacional de los derechos humanos, la exploración y explotación de recursos naturales pertenecientes al Estado en tierras y territorios sin consulta previa ni participación de las comunidades y pueblos indígenas representa una infracción al deber de respeto, garantía y protección que pesa sobre el Estado.

BIBLIOGRAFÍA

Autoridades Tradicionales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas Autoconvocados. (31 de mayo de 2012). *Observatorio Ciudadano.* Recuperado el 12 de septiembre de 2012, de Denuncia por dictación de otro Reglamento cancelatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas: http://www.observatorio.cl/node/6464

Aylwin, J., & Cuadra, X. (2011). *Los desafíos de la conservación en los territorios indígenas en Chile.* Temuco: Observatorio Ciudadano.

Bengoa, J. (2007). *Historia de un conflicto. Los mapuches y el Estado nacional durante el siglo XX.* Santiago: Planeta.

Biblioteca Congreso Nacional. (1993). *Historia de la ley Nº 19.253 Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación de Desarrllo Indígena.*

Bravo., P.V. (2010). *Los procesos de redefinición del territorio mapuche. Las políticas del Estado de Chile y los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, periodo 1990-2010.* Buenos Aires.

Cámara de Diputados. (2012). Recuperado el 7 de noviembre de 2012, de http://www.camara.cl/trabajamos/comision_competencia.aspx?prmID=690

CEPAL; ATM. (2012). *Desigualdades territoriales y exclusión social del pueblo mapuche en Chile. Situación en la comuna de Ercilla desde un enfoque de derechos.* Santiago.

CONADI. (8 de agosto de 2012). *Conadi.cl.* Recuperado el 8 de octubre de 2012, de http://www.conadi.gob.cl/index.php/noticias-conadi/782-gobierno-entrego-a-organizaciones-indigenas-y-al-senado-la-propuesta-para-la-nueva-normativa-de-consulta-a-los-pueblos-originarios

Corporación Proyect América. (2011). *El debate pendiente. Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.* Santiago.

Correa, M., & Mella, E. (2010). *Las razones del illkun/enojo. Memoria, despojo y criminalización en el territorio mapuche de Malleco.* Santiago: LOM.

Dascal, G. (2006). *Informe Final de Evaluación Programa Fondo de Tierras y Aguas Indígenas.*

Fuente, G. d., Contreras, S., Hidalgo, P., & (editores)., J. S. (2009). *Participación y nuevos desafíos políticos-institucionales.* Santiago: LOM.

Gobierno de Chile. (24 de julio de 2012). *gob.cl.* Recuperado el 8 de noviembre de 2012, de http://www.gob.cl/informa/2012/07/24/ministro-rodrigo-hinzpeter-anuncio-plan-especial-de-seguridad-para-la-region-de-la-araucania.htm

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011 b). *indh.cl.* Recuperado el 8 de noviembre de 2012, de Recomendaciones Acordadas en la Comisión de Derechos de los Pueblos Indígenas: http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/137

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2012a). *Informe de Misión de Observación a Trafún.* Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2010). *Informe Anual 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

Jorge Contesse Singh, e. (2012). El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación. Santiago: Universidad Diego Portales.

Kaluf, C. (2005). *Diversidad cultural Materiales para la formación docente y el trabajo de aula. Volumen 3.* Santiago: Oficina Regional de Educación de la UNESCO para América Latina y el Caribe OREALC/UNESCO.

Kreimer, O. (21 de junio de 2012). *"Autodeterminación" y "pueblos". Su aplicación al caso Malvinas/Falklands.* Recuperado el 22 de agosto de 2012, de Página 12, sección El País: http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-196862-2012-06-21.html

Liberona, F. (25 de septiembre de 2012). *elmostrador.cl.* Recuperado el 25 de septiembre de 2012, de http://www.elmostrador.cl/opinion/2012/09/25/el-litio-y-los-temas-olvidados/

Meza-Lopehandía, M. (2010). El Convenio 169 de la OIT en el sistema normativo chileno. In *Las implicancias de la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile.* Santiago: Fundación Heinrich Böll y Observatorio Ciudadano.

Ministerio de Desarrollo Social. (9 de Agosto de 2012 b). *CONADI.* Recuperado el 12 de septiembre de 2012, de http://www.conadi.gob.cl/images/doc-consulta/consulta2012/Propuesta%20Nueva%20Normativa%20rev%20final%2008-08-2012.pdf

Ministerio de Desarrollo Social. (2012 a). *Indicadores de Pobreza CASEN 2011.* Recuperado el 12 de septiembre de 2012, de Observatorio Social: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/layout/doc/casen/publicaciones/2011/pobreza_casen_2011.pdf

Observatorio Ciudadano. (26 de junio de 2012). Recuperado el 13 de septiembre de 2012, de Declaración de Rafael Tuki: http://www.observatorio.cl/node/6695

OIT Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una Guía sobre el Convenio núm.169.*

Programa Chile Sustentable. (2010). *Conflictos por el Agua en Chile. Entre los Derechos Humanos y las Reglas de Mercado.*

Red por los Derechos de los Pueblos Indígenas y Programa Indígena Fundación Chile XXI. (s.f.). Recuperado el 12 de septiembre de 2012, de https://docs.google.com/file/d/0B8wPnJHuvnlLYWZtcXVHUkdONDg/edit?pli=1

Samaniego, Mario; Garbarini Carmen Gloria.Comp. (2004). *Rostro y fronteras de la identidad.* Temuco: Pehuén.

Seelau, L., & Seelau, R. (2012). Implementación del derecho a la libre determinación indígena en Chile. In J. Contesse (Ed.), *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación.* Santiago: Universidad Diego Portales.

UNESCO. (2007). *El Agua y los Pueblos Indígenas.* (M. C. R. Boelens, Ed.) París.

Vargas, F. (8 de octubre de 2012). *emol.com.* Recuperado el 8 de noviembre de 2012, de http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/10/08/563660/presidente-firma-decreto-de-area-de-desarrollo-indigena.html

Yáñez, N., & Gentes, I. (noviembre de 2005). *Derechos locales sobre las aguas en Chile: Análisis Jurídico y político para una estrategia de gestión pertinente en territorios indígenas.* Recuperado el 25 de septiembre de 2012, de http://www.eclac.cl/drni/proyectos/walir/doc/walir52.pdf

Zalaquett, J. (2008). *La Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.* Santiago: Anuario de Derechos Humanos. Universidad de Chile.

Institucionalidad democrática **y derechos humanos**



1. Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura
2. Subsecretaría de Derechos Humanos
3. Corporación de Asistencia Judicial
4. Defensoría del Pueblo
5. Ley de participación
6. Ley antidiscriminación
7. Regulación del *lobby*
8. Proyecto de ley que reforma el Servicio Nacional de Menores

INTRODUCCIÓN

Es obligación del Estado la promoción, garantía y protección de los derechos humanos de todas las personas que habitan el territorio nacional. Para el cumplimiento de estos objetivos, el Estado requiere de una arquitectura institucional capaz de responder a tales obligaciones, de manera de contar con las instituciones adecuadas para la defensa de los derechos humanos, con las facultades apropiadas y con una legislación que dote al Estado de las herramientas necesarias. En este sentido, ya en el Informe Anual 2010 el INDH planteó la necesidad de fortalecer la institucionalidad en derechos humanos en el país.

Este año, el capítulo revisa el proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos, destacando que si bien es un aporte a la institucionalidad en derechos humanos, hay aspectos relacionados con sus funciones –entre otros– que deben ser objeto de revisión. Posteriormente, y como parte del derecho de acceso a la justicia de las personas, el capítulo analiza el rol de la Corporación de Asistencia Judicial y la importancia de robustecer su estructura para garantizar el acceso a la justicia. A continuación, el capítulo revisa el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura, el cual constituye una obligación internacional pendiente del Estado y donde el INDH ha manifestado que es necesario su establecimiento. Luego, el capítulo analiza la Ley 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, y el estado de su implementación tanto a nivel central como local. El capítulo analiza también el rol de la Defensoría del Pueblo señalando que existen aspectos en cuanto a promoción y protección de derechos humanos que deben ser potenciados en el país, ya sea mediante la creación de una Defensoría del Pueblo o incrementando las funciones del INDH. Respecto de la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación, junto con valorar su publicación, se plantean aspectos pendientes como el establecimiento de medidas afirmativas a favor de grupos vulnerados. El capítulo examina también el proyecto de ley que regula el *lobby* y la necesidad de una regulación expresa al respecto que establezca obligaciones específicas en la materia, un mayor acceso a la información y permita la participación igualitaria en los asuntos públicos. Finalmente, un aspecto relevante ha sido el debate en torno a la reforma al SENAME. Sobre esta materia el capítulo remarca la ausencia de una política integral de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y plantea ciertas observaciones al proyecto de ley.


Fotografía: Congreso Nacional


Fotografía: Enrique Cerda


Fotografía: Fernado Espina



1

MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN CONTRA LA TORTURA

La prohibición absoluta de la tortura en todo tiempo y lugar constituye una norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*) que demanda, ante la evidencia o sospecha de haberse perpetrado un acto de aquella naturaleza, que los Estados investiguen, sancionen y reparen el daño ocasionado[1]. La intensidad de la obligación de protección a la dignidad personal contra todo acto de esta naturaleza exige que los Estados no solo se abstengan de practicarla o tolerarla, sino que aseguren por todos los medios a su alcance, en particular mediante medidas legislativas, administrativas, judiciales, educativas y de promoción, con el fin de evitar y erradicar su ocurrencia[2].

Una de las formas de enfrentar esta práctica fue la adopción, por parte de la Organización de Naciones Unidas, del Protocolo Facultativo de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante, el Protocolo)[3]. Se trata de un instrumento vinculante y obligatorio para los Estados Parte que tiene por objeto el establecimiento de un mecanismo de visitas periódicas a los lugares donde se encuentren personas bajo la custodia y dependencia del Estado, para evitar la ocurrencia de actos que entrañen tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Dicho instrumento fue ratificado por Chile en febrero de 2009[4].

El supuesto bajo el que opera un mecanismo de este tipo es que, al visibilizar los espacios y lugares destinados a mantener personas privadas de libertad mediante el acceso de observadores independientes, se previenen situaciones que impliquen vulneraciones a la integridad psíquica o física. Es, al mismo tiempo, una herramienta que promueve la rendición de cuentas y permite la formulación de recomendaciones encaminadas a garantizar el deber de custodia que el Estado tiene respecto de las personas privadas de libertad.

1 Ver artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 23 de mayo de 1969. La Corte IDH ha señalado al respecto que "[e]xiste un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del *ius cogens.* La prohibición de la tortura es completa e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas". Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 143.

2 La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en su artículo 2 (1) dispone que: "Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción".

3 La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas adoptó, el 18 de diciembre de 2002, el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Ello fue la culminación de un esfuerzo sostenido por organizaciones Internacionales de protección de los derechos humanos entre otras de la Asociación para la Prevención de la Tortura -APT- que encarnó la idea de su fundador Jean-Jaques Gautier, en orden a que las visitas a los lugares donde se encuentran personas privadas de su libertad son una de las mejores formas de prevenir la tortura y los malos tratos.

4 Decreto Supremo Nº 340, Ministerio de Relaciones Exteriores. Diario Oficial 14 de febrero de 2009.

EL MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN

Una de las principales obligaciones derivadas del Protocolo para los Estados Parte es la de mantener, designar o crear uno o más mecanismos nacionales de prevención contra la tortura (MNPT)[5]. Esto tiene que hacerse dentro del plazo no mayor a un año después de la entrada en vigencia de dicho instrumento, a menos que el Estado formule una declaración aplazando la implementación por un plazo máximo de tres años. Dicho plazo puede nuevamente prorrogarse hasta por dos años, previa aprobación del Comité contra la Tortura (art 24).

La principal función del mecanismo es la de prevenir la tortura a través de examinar periódicamente el trato hacia las personas privadas de libertad; formular recomendaciones a las autoridades competentes; hacer propuestas y observaciones acerca de la legislación vigente o de los proyectos de ley relacionados con la materia. Con el fin de asegurar su cometido, los Estados se comprometen a garantizar el acceso a todo lugar de detención elegido libremente por el MNPT; así como la visita y entrevista a las personas privadas de libertad, sin testigos, o a cualquier otra persona que el mecanismo considere pertinente. En el ejercicio de estas facultades, el personal y las fuentes de información gozarán de garantías de inmunidad, a la vez que pesa sobre el mecanismo el deber de confidencialidad y reserva de los testimonios recabados y las personas entrevistadas.

De acuerdo al Protocolo, se entiende por privación de libertad "[c]ualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública, en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente" (art. 4.2 Protocolo Facultativo). Esta norma es importante por cuanto, en primer término, delimita el ámbito de competencia de los mecanismos en el ejercicio de su facultad de observar y realizar visitas, al exigir que se trate de una privación de libertad decretada o autorizada por cualquier órgano o funcionario público. Luego, no se requiere necesariamente que esta emane de un órgano jurisdiccional. En segundo lugar, la forma que puede adquirir dicha privación de libertad es amplia en cuanto puede revestir la figura de una detención u otras formas de control, y por último, dicha privación se puede practicar en cualquier lugar, sea este público o privado. Concurriendo copulativamente estos requisitos, el lugar es susceptible de ser objeto de revisión y observación por parte del mecanismo instaurado por el Protocolo. Así pueden quedar comprendidos, entre otros, los centros de detención; centros de internación de niños, niñas y adolescentes; recintos policiales de Carabineros y de las Fuerzas Armadas; medios de transporte de personas detenidas; psiquiátricos; establecimientos o residencias para personas adultas mayores; centros de tránsito de inmigrantes (puestos fronterizos, aeropuertos, puertos) (Asociación para la prevención de la Tortura, 2004, pág. 46). De esta manera, y de acuerdo a lo señalado por el Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, órgano de tratado creado por el Protocolo Facultativo[6], quedan comprendidos todos los lugares sobre los que el Estado ejerce un control efectivo[7].

Si bien el Protocolo no precisa el diseño institucional que han de tener estos mecanismos, ofreciendo flexibilidad a los Estados para definirlo, sí proporciona estándares a los fines de garantizar que su mandato sea afectivo. De esta manera, debe garantizarse que dichos órganos gocen de in-

5 El art. 3 del Protocolo Facultativo contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes dispone que "[c]ada Estado Parte establecerá, designará o mantendrá, a nivel nacional, uno o varios órganos de visitas para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

6 El Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes tiene como mandato: visitar los lugares de detención, y hacer recomendaciones a los Estados Partes; asesorar y ayudar a los Estados Partes en el establecmeinto del MNPT; mantener contacto directo, de ser necesario confidencial, con los MNPT y ofrecerles formación y asistencia técnica; ayudar y asesorar a los MNPT en la evaluación de las necesidades y las medidas destinadas a fortalecer la protección de personas privadas de su libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; hacer recomendaciones y observaciones a los Estados Partes con miras a reforzar la capacidad y el mandato de los MNPT; cooperar, para la prevención de la tortura en general, con los órganos y mecanismos pertinentes de las Naciones Unidas así como con instituciones u organizaciones internacionales, regionales y nacionales.

7 Directrices relativas a los mecanismos nacionales de prevención. CAT/OP/12/5. 9 de diciembre de 2010: "El Estado deberá permitir las visitas del mecanismo nacional de prevención a todos los lugares donde se encuentren o se sospeche que puedan encontrarse personas privadas de libertad, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 4 y 29 del Protocolo Facultativo, que estén bajo su jurisdicción. A los efectos de las presentes directrices, la jurisdicción del Estado comprende todos los lugares sobre los que ejerce un control efectivo". Párr. 24.

dependencia, pluralismo, estabilidad y autonomía financiera y presupuestaria, de conformidad a los Principios de París, lo que requiere que su mandato se determine a nivel legal o constitucional[8].

El Subcomité para la Prevención de la Tortura, ha señalado que en la conformación o designación del MNPT, se debe garantizar "[u]n procedimiento público, transparente e inclusivo en el que participe un grupo ampliamente representativo de las partes interesadas, en particular la sociedad civil. Este mismo tipo de proceso debe emplearse en la selección y el nombramiento de los miembros del mecanismo nacional de prevención, que deben ajustarse a criterios hechos públicos"[9]. Su composición, debe dar cuenta de la representatividad de sus integrantes y comprobadas competencias profesionales, debiéndose "[i]ncluir, entre otras cosas, conocimientos especializados pertinentes en materia jurídica y de atención de la salud"[10].

EL INDH Y EL MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN

El reto que plantea prevenir y erradicar la práctica de la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes y avanzar en dignificar la condición de las personas privadas de libertad, no es ajeno a nuestro país. Si bien se ha superado la práctica institucionalizada de la tortura, es preocupante que persista un nivel de violencia estructural en los centros de privación de libertad, especialmente en cárceles y recintos policiales. Amerigo Incalcaterra, Representante Regional para América del Sur de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en relación con la situación carcelaria regional, incluido nuestro país, mencionó en febrero de 2012, la existencia de "[u]n patrón alarmante de violencia carcelaria en la región, que es una consecuencia directa de –o se ve agravada por– entre otras cosas, las condiciones precarias de detención, incluyendo el hacinamiento crónico, la falta de acceso a los servicios básicos tales como espacio suficiente, agua potable, alimentos, atención médica, y la falta de estándares básicos de saneamiento e higiene" (Oficina Regional para América del Sur de Naciones Unidas , 2012). En un sentido similar, el año 2009, la Fiscal Judicial de la Corte Suprema, Sra. Mónica Maldonado, describió ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de la República, un desolador panorama de los establecimientos penitenciarios del país, destacando situaciones como el hacinamiento y los castigos en celdas solitarias, como constitutivas de condiciones degradantes y trato cruel e indigno[11].

A ello se suman las denuncias sobre situaciones de violencia policial, incluidos casos de apremios tanto en buses institucionales como en recintos de detención, en el marco de las movilizaciones sociales en el país[12].

El INDH ha instado al Estado a dar cumplimiento a los compromisos internacionales que ha adquirido y a reforzar la institucionalidad en derechos humanos y, en ese marco, ha recomendado la creación del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNPT) (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011 b, pág. 269). Ello contribuye en los esfuerzos por prevenir actos que atentan contra la dignidad del ser humano y se suma a los desafíos por fortalecer una cultura de respeto de estos derechos, lo que exige desplegar acciones y políticas públicas coordinadas, entre otras, de educación en derechos humanos.

Por su parte, el establecimiento a la brevedad del mecanismo nacional de prevención hizo parte también de las recomendaciones formuladas por los órganos de control de

8 Principios Relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos (Principios de París).

9 Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Directrices relativas a los mecanismos nacionales de prevención. CAT/OP/12/5. 9 de diciembre de 2010. Párr. 16.

10 Ibídem, párr.20

11 Fiscal Judicial de la Corte Suprema. Sra. Mónica Maldonado Croquevielle. 1° de junio de 2009. La Fiscal Judicial de la Corte Suprema, volvió a señalar el año 2010 que el sistema carcelario vive una crisis "[d]e magnitud muy profunda expresada en diversos aspectos, que es menester superar prontamente por la gravedad que encierra. Esta crisis se manifiesta, por ejemplo, en el hacinamiento carcelario, el régimen penitenciario al cual son sometidas las personas privadas de libertad, el desconocimiento de la dignidad de las personas, la violencia a la que se ven sometidas por parte de otros internos y también por la forma que se aplican las sanciones disciplinarias" (Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2010).

12 Ver capítulos de este Informe sobre derechos de las personas privadas de libertad y sobre seguridad democrática.

tratados[13] y por el Grupo de Trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias de la Organización de Naciones Unidas[14].

Al respecto, el Gobierno informó mediante comunicación al Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2009), que "[h]a resuelto entregar la función del mecanismo nacional de prevención al recientemente creado Instituto Nacional de Derechos Humanos"[15]. El Gobierno reiteró esta afirmación en el Cuarto Informe Anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el 3 de febrero de 2011, y ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en marzo de 2012, al señalar que "[a]ctualmente se encuentra en estudio por parte del Ejecutivo la manera en que este será implementado"[16].

Durante el debate parlamentario, en el marco del proyecto de acuerdo que aprobó el Protocolo Facultativo, se analizó la idea de que a propósito de la iniciativa de ley que creaba al INDH, se radicara el mecanismo nacional de prevención en esta institución[17]. el Poder Ejecutivo de la época, recogiendo una indicación parlamentaria[18], hizo presente "[q]ue en virtud de la ratificación por parte de nuestro país del Protocolo de la Convención contra la Tortura, se le ha entregado al Consejo del Instituto la facultad para, ante una denuncia de tortura, constituirse en cualquier lugar sin necesidad de orden judicial"[19] (Historia de la Ley. Nº 20.405, pág. 613). Esto fue finalmente recogido y sancionado en el art. 4º, inciso segundo de la Ley Nº 20.405, el que prescribe en la redacción finalmente aprobada por el Congreso Nacional que el Instituto "[p]odrá comisionar a uno o más consejeros, al Director o a su personal para ingresar a recintos públicos donde una persona esté o pueda estar privada de libertad". Aun cuando las facultades otorgadas al INDH son amplias, ellas no se ajustan plenamente a las exigencias del estándar internacional.

En noviembre de 2011, el INDH solicitó a la Contraloría General de la Republica[20] que se pronunciara acerca de esta norma, la que acogiendo la interpretación ofrecida por el Instituto, sustentada en los principios y estándares de derechos humanos, sostuvo que corresponde entender que en cumplimiento de su mandato legal, el INDH está facultado para ingresar a cualquier lugar "[e]specialmente limitado, que se encuentre a cargo de funcionarios públicos, en que pueda configurarse una privación de libertad, con la finalidad de obtener antecedentes necesarios para el cumplimiento de las atribuciones de dicha corporación, hipótesis normativa que concurre tratándose de vehículos policiales"[21]. De esta manera, pareciera consolidarse el criterio según el cual el INDH sería el órgano indicado para asumir el rol del MNPT.

El Instituto, por su parte, en la convicción de coadyuvar a los esfuerzos de implementar y dar cabal cumplimiento al mandato de constituir o designar al MNPT, ha desarrollado diversas acciones. En diciembre de 2011 se reunió con

13 Comité Contra la Tortura: "El Estado parte debe: (b) Establecer un mecanismo nacional de prevención que tenga competencia para efectuar visitas periódicas a centros de detención a fin de implementar plenamente el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura". CAT/C/CHL/CO/5 14 de mayo de 2009. Párr. 21 letra b)

14 Observaciones preliminares del grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias de la ONU al concluir su visita a Chile. 21 de agosto de 2012. Consultado en http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12450&LangID=S

15 Ministerio de Relaciones Exteriores. Misión Permanente de Chile ante las Organizaciones Internacionales Ginebra. Nº 465. Comunicación al Sr. Patricie Gillibert. Secretario Subcomité para la Prevención de la Tortura. Ginebra, 28 de diciembre de 2009.

16 Gobierno de Chile. Informe de mitad de período sobre las recomendaciones efectuadas a Chile en el marco de su Examen Periódico Universal de mayo de 2009, marzo 2012, pág. 10.

17 Con estos fines la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana de la Cámara de Diputados acordó solicitar al Poder Ejecutivo que se considere la indicación, con el objeto de que se radique en el Instituto en creación las funciones propias del mecanismo nacional de prevención (Biblioteca del Congreso Nacional, 2009, pág. 17).

18 Indicación formulada por el Diputado Sergio Aguiló, por la que se incluía la facultad de "[c]omisionar a uno o más consejeros, al Director Ejecutivo o a su personal para ingresar a recintos públicos donde una persona esté o pueda estar privada de libertad". Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputado recaído en el Proyecto de Ley que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos. 18 de octubre de 2005.

19 Boletín Nº 3.878-17. Informe Comisión de Hacienda Senado de la República. Ministro Secretario General de la Presidencia, señor José Antonio Viera-Gallo 10 de noviembre de 2009. Esto, en atención a que se acogió una indicación formulada por el Diputado Sergio Aguiló, por la que se incluía la facultad de "[c]omisionar a uno o más consejeros, al Director Ejecutivo o a su personal para ingresar a recintos públicos donde una persona esté o pueda estar privada de libertad" (Historia de la Ley Nº 20.405, pág. 74).

20 Ordinario Nº 681 de 16 de noviembre de 2011.

21 Contraloría General de la República. Dictamen Nº 058070 de 21 de septiembre de 2012.

representantes de la Asociación para la Prevención de la Tortura –APT–[22], principal organización internacional de la sociedad civil vinculada a la promoción e implementación del Protocolo Facultativo[23], con el objeto de analizar el estado de situación en la implementación del mecanismo y, por otro lado, ofrecer la cooperación técnica al Estado de Chile. El 28 y 29 de mayo de 2012, el INDH en conjunto con la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, desarrolló un taller de trabajo que reunió a especialistas internacionales, nacionales y autoridades, donde el Poder Ejecutivo –a través del Ministro de Justicia– volvió a reiterar su voluntad de que el INDH asuma el mecanismo nacional de prevención.

En todos estos foros, el INDH ha manifestado que si bien la institución cumple los requisitos de independencia, pluralismo, autonomía funcional y financiera, capacidades técnicas y profesionales, se hace indispensable un reconocimiento explícito de las atribuciones contempladas de acuerdo a los estándares estipulados en el Protocolo. Adicionalmente, se requiere de recursos suficientes y adecuados para cumplir eficientemente las funciones que el mecanismo nacional de prevención demandan. Ello es consistente con la directriz sostenida por el Subcomité en cuanto a que, si se contempla la posibilidad de designar en calidad de mecanismo nacional a una institución ya existente, se debe velar porque las funciones asignadas se desempeñen en "[u]na dependencia o un departamento distintos que cuenten con su propio personal y presupuesto"[24].

Hasta que estos aspectos no terminen de resolverse, el Estado continúa en mora en la implementación de un MNPT de conformidad a las obligaciones derivadas del Protocolo, lo que constituye un incumplimiento de los compromisos adquiridos en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CAVALLO, G. E. (2006). *Lus et Praxis* v.12 n.1 Talca. Recuperado el 1 de Octubre de 2012, de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000100006&script=sci_arttext Asociación para la prevención de la Tortura. (2004). *Monitoreo de lugares de detención.* Ginebra: APT. Asociación para la Prevención de la Totura. (2008). *Las comisiones nacionales de derechos humanos y defensorías / defensores del pueblo como Mecanismos Nacionales de Prevención a la luz del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura.* Ginebra. Biblioteca del Congreso Nacional. (2009). *Historia de la Ley Decreto Supremo N° 340.* Santiago. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2010). *Informe Anual 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

22 Reunión realizada el día 13 de diciembre de 2011 con Mark C.A. Thomson, Secretario General de la Asociación para la Prevención de la Tortura; Wilder Tayler, Jurista uruguayo y miembro del Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura; Dra. Paz Rojas Baeza, miembro del Consejo Directivo APT; Audrey Olivier, Responsable Programa OPCAT de la APT.

23 La Asociación para la Prevención de la Tortura fue fundada en 1977 por Jean-Jacques Gautier. "Durante la década de 1970, mientras se estaba negociando la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (UNCAT), varios organismos internacionales unieron fuerzas para encontrar métodos adicionales más pragmáticos que ayudaran a prevenir dichos abusos. Inspirado por los resultados de las visitas que realizaba el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) a prisiones en tiempos de guerra, el filántropo suizo Jean-Jacques Gautier intentó crear un sistema de visitas regulares a todos los lugares de detención en el mundo. Después de un prolongado y arduo proceso de negociación, se logró finalmente un sistema de prevención el 18 de diciembre de 2002, cuando el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Protocolo Facultativo) fue adoptado por la Asamblea General de la ONU" (APT, IIDH., 2010, pág. 11).

24 Subcomité, op cit., párr. 32.



SUBSECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS

2

La obligación de respeto y garantía impone a los Estados el deber de realizar todas las medidas que sean necesarias para asegurar la vigencia efectiva de los derechos humanos, incluido desplegar todas las acciones de política pública y de prácticas administrativas que aseguren el disfrute y goce efectivo de esos derechos[1]. Ello se cumple, en parte, a través de una institucionalidad política en materia de derechos humanos que organice el aparato gubernamental de modo de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de promoción, respeto y garantía.

No existen estándares internacionales sobre órganos gubernamentales de derechos humanos, en relación con sus características, mandato y competencias. El llamado a los Estados y la fijación de un marco internacional normativo mínimo están dirigidos a la creación de instituciones nacionales de derechos humanos (Comisiones Nacionales, Institutos Nacionales, *Ombudsperson* u otros), que en calidad de órganos del Estado independientes de los poderes públicos, tienen por mandato –legal o constitucional– la promoción y protección de los derechos humanos.

En la experiencia comparada, los países de la región se han dotado de instancias gubernamentales con mandato para el diseño e implementación de políticas públicas de promoción y protección de los derechos humanos, en paralelo a la existencia de otras instituciones de derechos humanos, como la Defensoría del Pueblo. A modo de ejemplo, Ecuador, Perú, Paraguay y Argentina cuentan con Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, los que participan en la formulación y aplicación de políticas y programas de promoción y fortalecimiento de los derechos humanos, y en México estas competencias se radican en la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos, dependiente de la Secretaría de Gobernación.

Nuestro país carece de un ente gubernamental de estas características, por lo que los órganos de control de tratados han recomendado a Chile que se dote de instancias con competencia para diseñar y coordinar políticas públicas en derechos humanos. De esta manera se ha representado la preocupación por que "[l]as disposiciones institucionales actuales siguen siendo insuficientes para garantizar una coordinación eficaz y coherente a nivel nacional (…)"[2]. Se ha instado a que se "[c]uente con un marco institucional estable y recursos financieros y humanos suficientes para encargarse de la coordinación eficaz y completa de la realización de los derechos (…) a nivel nacional"[3].

Así, resulta necesario que el Poder Ejecutivo diseñe, coordine e implemente políticas públicas que permitan guiar el contenido y organicidad de la acción del Estado en estas materias, condiciones que no existen hasta el momento.

1 Corte IDH. Caso Velázquez Rodríguez Vs. Honduras. 29 de julio de 1988.

2 Comité de Derechos del Niño. CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007, párr. 12.

3 Ibídem, párr. 13. Referido al Consejo de Ministros para la Infancia y la Adolescencia. En las Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a Chile (21 de agosto de 2012), se recalca sobre la importancia de "[c]ontar con un mecanismo apropiado de coordinación con claras líneas de responsabilidad jerárquica entre las autoridades gubernamentales con el fin de coordinar las actividades de las distintas instituciones que trabajan en la prevención y búsqueda de personas desaparecidas, como también en la investigación de casos de desapariciones forzadas". (GTDFI, 2012)

Un vacío que denota la ausencia de una coordinación gubernamental en este ámbito se refiere a la producción y difusión de información y datos desglosados, que permitan diseñar y evaluar políticas públicas a la luz de las obligaciones internacionales. De esta manera, se ha requerido por los órganos de control de los tratados internacionales de derechos humanos que el aparato público provea información "(…) en particular sobre los grupos vulnerables y las disparidades entre las zonas rurales y urbanas"[4]. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que "(…) lamenta la falta de datos suficientes, desglosados por sexos, en el informe y en las respuestas a la lista de cuestiones y preguntas relacionadas con muchas de las disposiciones de la Convención"[5]. Finalmente, al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha expresado su preocupación por "[l]a falta de información sobre denuncias de discriminación racial y sobre el seguimiento que ha sido dado a dichas denuncias"[6]. Otra expresión de esta ausencia de coordinación es la que se observa en relación con la representación del Estado ante la comunidad internacional, tanto a nivel del sistema interamericano de derechos humanos como a nivel de los sistemas especiales y de control de tratados de Naciones Unidas.

PROYECTO DE LEY QUE CREA LA SUBSECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS

La creación de la Subsecretaría de Derechos Humanos fue anunciada por el Presidente de la República en su mensaje del 21 de mayo de 2011, como parte del compromiso gubernamental de crear el nuevo Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Gobierno de Chile, 2011, pág. 21). En marzo de este año ingresó el proyecto de ley al Congreso[7]. Tal como lo expresa el Mensaje "[e]n Chile, históricamente, el tratamiento de los Derechos Humanos no ha sido parte de una institucionalidad unificada y con potestades transversales de carácter estatal"[8] .

La idea matriz contenida en el proyecto de ley es "optimizar la gestión del Estado, al concentrar la función de proponer y coordinar las políticas públicas en el ámbito de los Derechos Humanos, que hoy se ejerce por órganos diversos"[9] en una instancia denominada Subsecretaría de Derechos Humanos dependiente del Ministerio de Justicia.

De acuerdo a la propuesta, las funciones de la Subsecretaría se organizan en las de carácter interno, y aquellas de carácter internacional, actualmente radicadas exclusivamente en la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores. Dentro del ámbito de las funciones internas se encuentran aquellas referidas a la colaboración en el diseño y desarrollo de estudios, planes y programas en materia de promoción y protección de los derechos humanos; propuestas de programas de formación y fortalecimiento institucional en derechos humanos para el sector público; colaboración en la elaboración de un Plan Nacional de Derechos Humanos; asistencia al Ministro de Justicia con la finalidad de proponer al Presidente de la República las reformas necesarias para adecuar la normativa interna a los tratados internacionales en materia de Derechos y la convocatoria y promoción de la participación de los distintos órganos de la Administración del Estado en los procesos de elaboración de las políticas y planes a su cargo.

Entre las funciones de carácter internacional están las de recibir y procesar las quejas y denuncias presentadas en contra del Estado de Chile ante organismos internacionales y coordinar su defensa, sin perjuicio de las facultades del Ministerio de Relaciones Exteriores; coordinar, en consulta con el Ministerio de Relaciones Exteriores, la ejecución de medidas cautelares, medidas provisionales, acuerdos amistosos, recomendaciones y resoluciones originadas en el Sistema Interamericano y en el sistema Universal de Derechos Humanos[10].

4 Convención sobre los Derechos del Niño, op. cit., párr. 20 y 21.

5 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (25 de agosto de 2006). CEDAW/C/CHI/CO/4, párr. 23.

6 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. (7 de septiembre de 2009). CERD/C/CHL/CO/15-18, párr. 26.

7 Proyecto de ley iniciado por Mensaje Nº 405-359. Boletín Nº 8207-07. Santiago, 2 de marzo de 2012. A la fecha de redacción del presente Informe se encuentra en primer trámite constitucional con suma urgencia.

8 Mensaje Nº 405-359. Boletín Nº 8207-07. Santiago, 2 de marzo de 2012. Pág. 2.

9 Ibídem, pág.1.

10 Ibídem, págs. 3-4.

El proyecto propone además crear un Comité Interministerial de Derechos Humanos que tendría como función "asesorar al Presidente de la República en la determinación de los lineamientos de la política intersectorial del Gobierno en materia de Derechos Humanos"[11]. Se señala que el Comité constituirá "una instancia de información, orientación, coordinación, y acuerdo para los ministerios y servicios que lo integran"[12]. Entre otras funciones de esta nueva instancia intersectorial están las de conocer las propuestas de políticas públicas elaboradas por el Ministerio de Justicia, que hayan de ser aplicables intersectorialmente; conocer el Informe Anual del INDH y elaborar en conjunto con la Subsecretaría el Plan Nacional de Derechos Humanos[13].

OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY

El INDH manifestó ante la Comisión de Derechos Humanos del Senado, a través de su Directora, que la iniciativa representa un valioso esfuerzo por fortalecer la institucionalidad política y gubernamental de derechos humanos, y responde a la necesidad de establecer con rango de ley un órgano que desde el Poder Ejecutivo proponga, coordine e implemente las políticas públicas, en atención a que Chile carece de una orgánica gubernamental coherente y estructurada en materia de derechos humanos[14]. Sin perjuicio de ello, la creación de una instancia de estas características no debe en caso alguno representar una disminución de las competencias y capacidades del INDH, sino que debe sumarse al proceso de construcción de una red institucional de promoción y protección de derechos humanos. Las observaciones que el Instituto realizó al proyecto fueron las siguientes:

a. *En relación a las funciones generales de la futura Subsecretaría:* Del análisis de la experiencia comparada y de los diversos llamamientos de los órganos de control de tratados se concluye que, además de las funciones de coordinación y diseño de políticas públicas en materia de derechos humanos, estos órganos suelen tener claras funciones de promoción y protección de derechos, así como de ejecución de políticas y programas. En este ámbito, a la nueva institucionalidad propuesta se le otorga escasa capacidad operativa, ejecutiva y de coordinación dentro de los ámbitos de su competencia. Sólo en el campo internacional se establece la facultad de recibir y procesar las quejas contra el Estado de Chile, planificar y supervisar planes, programas y actividades de cooperación técnica internacional y coordinar la ejecución de las medidas cautelares y provisionales, acuerdos amistosos y resoluciones obligatorias originadas en el Sistema universal o interamericano de derechos humanos. Las funciones descritas para el Comité interministerial propuesto también son débiles como lo reflejan sus atribuciones básicamente ligadas a conocer e informar. Para el INDH es deseable que se refuercen las competencias de la Subsecretaría y del Comité interministerial dotándola de facultades de promoción y protección en derechos humanos de modo de optimizar la gestión del Poder Ejecutivo en estas áreas.

b. *Respecto a las facultades vinculadas al legado de las violaciones masivas y sistemáticas:* El proyecto de ley, en su mensaje señala que se espera que sea de fundamental importancia la participación que tenga la Subsecretaría de Derechos Humanos en el diseño y desarrollo de estudios, planes y programas destinados a la reparación de víctimas de violaciones a los derechos humanos. No obstante, dentro de las funciones asignadas a la Subsecretaría, no se hace referencia alguna a ello. La Subsecretaría debiera cumplir una función de reparación y recuperación de la memoria histórica a través de la elaboración, coordinación y supervisión de las políticas públicas en estas materias. Esto, sin perjuicio de las atribuciones específicas de otros órganos del Estado, como las del Instituto Nacional de Derechos

11 Mensaje Nº 405-359. Boletín Nº 8207-07, op. cit., pág. 8. Art. 1º Nº 7 del Proyecto de Ley, que viene en reemplazar el art. 10 del Decreto Ley Nº 3.346 de 1980.

12 Ibídem. Se establece que el Comité Interministerial estará integrado por los siguientes Ministros: Ministro de Justicia, quien lo presidirá; Ministro de la Secretaría General de la Presidencia; Ministro del Interior y Seguridad Pública; Ministro de Relaciones Exteriores; Ministro de Desarrollo Social y el Director del Servicio Nacional de la Mujer.

13 Ibídem. Las funciones del Comité están señaladas en el art. 1 numeral 9, que reemplaza el actual art. 12 del DL 3346.

14 Comisión Derechos Humanos del Senado. Lorena Fries Monleón, sesión del 10 de septiembre de 2012.

Humanos, las del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, o las del Consejo de Monumentos Nacionales respecto de algunos sitios de memoria declarados monumentos nacionales.

En relación a este punto, preocupa cuál será la situación del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública pues no hay referencia alguna al mismo. El INDH señaló en su Informe Anual 2011 que facilitar la asistencia apropiada a familiares y víctimas de violaciones sistemáticas para acceder a la justicia representa un deber que el Estado de Chile cumple a través del citado Programa. Por esta razón, resulta importante que junto con fortalecer las atribuciones del Programa se respete la integralidad de funciones del Programa, esto es, que sus diferentes componentes –ejercicio de la acción penal, asistencia social de las víctimas y acciones de reparación simbólica– permanezcan unidas.

Además, el Proyecto debe llenar un vacío institucional en el campo de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos ocurridas en dictadura proporcionando asistencia legal y social a las víctimas sobrevivientes del crimen de tortura (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010, pág. 158).

Por último, el INDH estima que la Subsecretaría propuesta debiese poder conocer y calificar casos de violaciones sistemáticas de derechos humanos que aún pudieran surgir, en relación con victimas detenidas desaparecidas, ejecutadas políticas y sobrevivientes de prisión política y tortura. De esta manera se daría cumplimiento al deber de garantizar el derecho a la verdad a las víctimas y la sociedad, como a la necesidad de contar con una instancia estable en el tiempo para procesar eventual nueva evidencia que sobre estos hechos pudiera surgir[15].

15 La obligación del derecho a la verdad deriva tanto de normas de derecho internacional humanitario como de normas del derecho internacional de derechos humanos. Ver: Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (arts. 32 y 33); Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 24 (2); Consejo de Derechos Humanos. 22 de marzo de 2010, A/HRC/14/42, párr. 41. En el caso de la Comisión IDH, esta ha sostenido que "el derecho a la verdad pertenece a las víctimas y sus familiares y también a la sociedad en general. Conforme a esta concepción, el derecho a la verdad se basa no solo en el Artículo 25, sino también en los artículos 1(1), 8 y 13 de la Convención. [2]" (CIDH).

c. *Sobre las funciones de promoción:* Un anhelo de la institucionalidad propuesta debiera ser promover una cultura de respeto a los derechos humanos, en consideración a la importancia que ello entraña para su ejercicio y la prevención de violaciones a los derechos humanos. Las funciones de promoción comprenden un amplio abanico de acciones que incluyen campañas de difusión pública y cursos de formación destinados a funcionarios/as públicos/as. En este sentido se debe advertir las débiles facultades que en este ámbito se le asignan a la Subsecretaría propuesta. En efecto, de la lectura del proyecto de Ley se desprende que, salvo aquella consignada en el art. 8 i) destinada a "proponer el programa de formación y fortalecimiento institucional en materia de Derechos Humanos para el sector público", no aparecen funciones ligadas a la promoción de los derechos humanos.

   También existe una ausencia de facultades para la elaboración, coordinación, supervisión, implementación o ejecución de programas de educación y formación en derechos humanos, en conjunto con el Ministerio de Educación u otras reparticiones públicas, en los diversos niveles de enseñanza formal e informal, así como para funcionarios/as públicos/as. Ello necesariamente debiera llevar a incluir al Ministerio de Educación en el Consejo Interministerial que se propone, cuestión que no considera el proyecto.

d. *Plan Nacional de Derechos Humanos:* El Instituto valora la creación de un instrumento como el Plan Nacional de Derechos Humanos en el marco de la creación de la Subsecretaría de Derechos Humanos[16]. No obstante y dada la importancia del mismo, sería relevante establecer por ley sus objetivos, los que en términos generales debieran apuntar hacia el fortalecimiento de los mecanismos nacionales de protección y promoción de derechos humanos a través de un conjunto de medidas estatales considerando las recomendaciones formuladas por el INDH en sus Informes Anuales.

16 Hace parte igualmente de los compromisos asumidos por el Estado en el Examen Periódico Universal: "Chile examinó las recomendaciones formuladas durante el diálogo interactivo y dio su apoyo a elaborar un plan nacional de derechos humanos (Ghana) y aprobarlo sin demora (Perú)". Consejo de Derechos Humanos. 4 de junio de 2009. A/HRC/12/10, párr. 96 punto 15.

e. *Respecto al Consejo de Ministros:* Representa un hecho valioso establecer y vincular a las más altas reparticiones del Poder Ejecutivo en una instancia de coordinación de las decisiones político-institucionales en materia de derechos humanos. Como bien lo resalta el Mensaje, da cuenta del carácter transversal de los derechos humanos y de que su satisfacción finalmente depende de la acción concertada que involucra a "diversos frentes de la acción pública". Por la importancia que entraña este involucramiento, se estima que el Comité debiese tener mayores facultades, entre otras, la de aprobar (en vez de conocer) las propuestas de políticas públicas elaboradas por el Ministerio de Justicia en materia de derechos humanos que hayan de ser aplicables intersectorialmente, y aprobar el programa de formación en derechos humanos y fortalecimiento institucional para el sector público.

El art. 12 del proyecto establece que corresponde al Comité Interministerial "d) Conocer el informe anual elaborado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos". Al respecto se debe señalar que, de acuerdo con el art. 3 núm. 1 de la Ley 20.405, el primer responsable en conocer el Informe Anual es el Presidente de la República y, por lo tanto, se estima que esta función debe entenderse sin perjuicio de la obligación que al Jefe de Estado impone la ley orgánica del INDH. Una redacción más adecuada a la finalidad del Comité Interministerial podría ser: "Analizar el Informe Anual y los demás informes y recomendaciones del Instituto Nacional de Derechos Humanos y, en su caso, proponer las medidas que correspondan para la promoción y protección de los derechos de las personas".

Ello se aviene con la experiencia comparada en que las instituciones gubernamentales similares a la propuesta tienen asignado el deber de llevar un registro de las recomendaciones formuladas por las instituciones nacionales de derechos humanos, y articular propuestas o coordinar esfuerzos a nivel de la administración del Estado para su adecuado cumplimiento[17].

17 Es el caso, entre otros, de México y la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos, dependiente de la Secretaría de Gobernación, que entre otras facultades tiene la de "Constituir, llevar y mantener actualizado el registro de las recomendaciones que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos –Defensor del Pueblo– emita a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal" (Gobierno Federal SEGOB, 2010).

2

BIBLIOGRAFÍA

CIDH. (s.f.). cidh.org.com. Recuperado el 13 de noviembre de 2012, de http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=156&lID=2 Gobierno de Chile. (21 de mayo de 2011).

Gobierno de Chile. (21 de mayo de 2011). *Mensaje presidencial. Construyendo una sociedad de seguridades, oportunidades y valores.* Recuperado el 13 de septiembre de 2012, de Gobierno de Chile: http://www.gob.cl/media/2011/05/Mensaje-Presidencial-21-de-Mayo-2011.pdf

Gobierno Federal SEGOB. (17 de noviembre de 2010). Recuperado el 13 de noviembre de 2012, de http://www.derechoshumanos.gob.mx/es/Derechos_Humanos/Atribuciones

GTDFI. (21 de agosto de 2012). *Observaciones preliminares del grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias de la ONU al concluir su visita a Chile.* Recuperado el 1 de octubre de 2012, de www.ohchr.org: http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12450&LangID=S

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2010). *Informe Anual 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión IDH. (2011). *Derecho a la verdad.* Recuperado el 13 de noviembre de 2012, de cidh.org.com: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=156&lID=2

CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL 3

Acceder a la justicia es un derecho humano fundamental y su garantía representa una obligación para el Estado. Este derecho está consagrado tanto en la Constitución como en el derecho internacional de los derechos humanos[1]. El INDH ha señalado que "el acceso a la justicia, entendido como el derecho de toda persona a contar con recursos eficaces bajo las garantías del debido proceso, es uno de los derechos fundamentales sobre los cuales se construye una sociedad democrática" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 85). Para cumplir con esta obligación, el Estado debe desarrollar acciones diversas tales como establecer instituciones dotadas de competencia para impartir justicia de manera independiente e imparcial, y bajo normas que garanticen un juicio justo, así como asegurar que los derechos de las personas que acuden a los tribunales sean protegidos y tutelados sin discriminación y en condiciones de igualdad[2].

1 La Constitución Política de la Republica dispone en el art. 19 Nº 3 que "[t]oda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. (…) La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos". Por su parte, el art. 14 (1) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos dispone que "[t]odas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil". El art 8 (1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que "[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o autoridad competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

2 Para el INDH esta materia ha sido motivo de preocupación y fue abordado en su Informe Anual 2011. Ver Informe Anual 2011. "Acceso a la justicia" en el que se analizó el acceso a recursos efectivos especialmente acciones de tutela de garantías constitucionales; Justicia Militar, Ley que determina y sanciona conductas terroristas y acceso a la justicia para las mujeres. Págs. 85 a 132.

Remover los obstáculos para garantizar el acceso a la justicia representa una exigencia básica para la efectiva salvaguarda de los derechos fundamentales. Un obstáculo al derecho a acceder a la justicia lo representan las barreras económicas que impiden o inciden negativamente en el derecho a ser oído por un tribunal independiente, natural e imparcial en igualdad de condiciones[3]. Ello plantea, entre otros, el reto de proveer asistencia letrada y técnica que permita a las partes acceder a las garantías judiciales y a la igual protección judicial cuando estimen que sus derechos han sido vulnerados. Las desigualdades económicas tienden a reforzar la selectividad del sistema judicial en la medida que quienes cuentan con recursos tienen mayores probabilidades de tener una defensa efectiva a diferencia de quienes no los tienen.

El sistema interamericano de derechos humanos ha establecido la obligación "[d]e remover aquellos obstáculos en el acceso a la justicia que tengan origen en la posición económica de las personas"[4], y que en cumplimiento de dicha obligación el Estado proporcione "[s]ervicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos, a fin de evitar la vulneración de su derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva. Con esto en miras, la Comisión Interamericana ha identificado algunos criterios para la determinación de la procedencia de la asistencia legal gratuita en los casos concretos. Estos son: a) la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada; b) la complejidad de las cuestiones involucradas en el

3 Comisión IDH. El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4. 7 de septiembre 2007, párr.5.

4 Comisión IDH. El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4. 7 de septiembre 2007, párr. 6.

caso y c) la importancia de los derechos afectados"[5]. De esta manera, se "[h]a determinado que ciertas acciones judiciales requieren necesariamente de asistencia jurídica gratuita para su interposición y seguimiento. Así, la Comisión Interamericana ha entendido que la complejidad técnica de ciertas acciones constitucionales establece la obligación de proporcionar asistencia legal gratuita para su efectiva promoción"[6].

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución garantiza a todas las personas sin discriminación, la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, y en ese marco reconoce el derecho a la defensa jurídica en la forma que determine la ley. En cumplimiento de dicho mandato, el país ha realizado esfuerzos en orden a robustecer la institucionalidad destinada a proporcionar asistencia jurídica gratuita y profesional a sectores desaventajados. Desde el año 2001 se cuenta con la Defensoría Penal Pública, órgano nacido en el marco de la Reforma Procesal Penal, responsable de proveer abogados/as para garantizar la defensa penal de personas que carecen de uno[7]. Hasta el 31 de diciembre de 2011 habían ingresado a la Defensoría –considerando todo el período desde el inicio de la Reforma Procesal en Chile– un total de 2.049.366 imputados con sus respectivas causas. Para el año 2011 ingresaron 369.950 imputados, lo que significa un alza del 15,1% de imputados comparados a los ingresos de 2010. (Defensoría Penal Pública, 2011, pág. 17).

Al alero de la nueva justicia laboral (2006) se consagró el derecho de todas las personas trabajadoras de escasos recursos a contar con asistencia jurídica gratuita, letrada y especializada a través de las Oficinas de Defensoría Laboral dependientes de la Corporación de Asistencia Judicial[8].

En materia de Justicia de Familia, a partir de la Ley 20.286 (2008) se introdujeron cambios como que las defensas ante los Tribunales de Familia se lleven a cabo por medio de abogado/a habilitado/a, garantizando el Estado esta prestación a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial.

El año 2011 el Congreso aprobó la reforma constitucional que modifica el artículo 19 N° 3 de la Constitución[9], mediante la cual se consagró como derecho fundamental la asesoría y defensa jurídica gratuita a las víctimas de delitos que no pueden procurársela por sí mismas, agregando la reforma que "toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley".

Finalmente, en relación a las violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos, los familiares de las víctimas cuentan con la asistencia legal y social gratuita que ofrece el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, el que desde diciembre de 2009 amplió su cobertura a la representación de víctimas de ejecuciones extrajudiciales[10].

LA CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL

Un pilar fundamental en la concreción de la garantía de acceso a la justicia lo constituiría la Corporación de Asistencia Judicial –en adelante CAJ–, servicio público con personalidad jurídica y patrimonio propio, descentralizado y dependiente del Ministerio de Justicia, que desde el año 1981 presta asesoría jurídica gratuita a quienes carecen de recursos para proveerse dicha asistencia[11].

Los antecedentes de las CAJ se remontan a los denominados Consultorios Jurídicos para pobres dependientes del

5 Comisión IDH. El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Op. cit., párr.6.

6 Ibídem, párr.7.

7 Ley Nº19.718. 10 de marzo de 2001. Hasta el 31 de diciembre de 2011 habían ingresado a la Defensoría un total de 2.049.366 imputados con sus respectivas causas, considerando todo el período desde el inicio de la Reforma Procesal en Chile. Para el año 2011 ingresaron 369.950 imputados, lo que significa un alza del 15,1% de imputados comparados a los ingresos de 2010. (Defensoría Penal Pública, 2011, pág. 17).

8 Ley 20.087. 3 de enero de 2006. El sistema de Defensa Laboral contempla 136 defensores laborales para brindar cobertura nacional, además de funcionarios administrativos de apoyo y tribunales y jueces especializados.

9 Ley 20.516 de 11 de julio de 2011.

10 Ley. 20.405. art. 10 transitorio. El INDH ha señalado que resulta importante que junto con fortalecer las atribuciones se respete la integralidad de funciones del Programa, esto es, que sus diferentes componentes –ejercicio de la acción penal, asistencia social de las víctimas y acciones de reparación simbólica– permanezcan unidas.

11 Otros mecanismos que la ley contempla y que no se analizan en el presente apartado lo constituyen la institución de los abogados de turno y el denominado privilegio de pobreza.

Colegio de Abogados (1928)[12]. De conformidad a la Ley Nº 17.995[13] (1981), dichos consultorios pasan a transformase en Corporación de Asistencia Judicial, existiendo en la actualidad cuatro unidades: CAJ de Tarapacá y Antofagasta que comprende las Regiones de Tarapacá, Antofagasta y Arica y Parinacota; CAJ Región Metropolitana, que abarca 118 comunas de las Regiones de O'Higgins, Maule, Magallanes y Metropolitana; CAJ de Valparaíso que cubre las regiones de Atacama, Coquimbo y Valparaíso; y CAJ de Biobío que tiene bajo su jurisdicción las regiones del Biobío, La Araucanía, de los Lagos, de Los Ríos y Aysén.

El mandato de dichas corporaciones consiste en prestar asistencia judicial gratuita a personas de escasos recursos, y a proporcionar los medios para efectuar la práctica profesional a futuros abogados/as.

A pesar que algunas de sus facultades han sido traspasadas a otros servicios (como lo es la defensa penal), dichas corporaciones siguen brindando cobertura a importantes segmentos de la población. Durante el año 2011 las Corporaciones de Asistencia Judicial atendieron a 586.870 personas, ingresando más de 145.615 causas a tribunales (Gobierno de Chile, 2012, pág. 317). Ese mismo año, sólo la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana registró un ingreso a tribunales de 78.419 causas: de ellas el 68% corresponde a tribunales de familia; 12,6% a civil; 14,8% a laboral; 2,5% a laboral sistema antiguo; 1,6% a materias penales; y 0,6% a otras competencias. (Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana, 2011, pág. 4). A ellas recurren sectores de escasos recursos: el 61,5% de los/as usuario/as de la Región Metropolitana tiene ingresos inferiores a 163.000 pesos mensuales (Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana, 2011, pág. 4).

Si bien se han incrementado los recursos financieros destinados a las CAJ, estas "carecen de una estructura orgánica y presupuestaria suficiente para cumplir su cometido, lo que atenta, a su vez, contra una adecuada coordinación y uniformidad de prácticas y criterios de trabajo" (Centro de Derechos Humanos, 2008, pág. 186)[14].

Dentro de sus insuficiencias se señala que el personal para dar atención jurídica a quien lo solicita está constituido por egresados/as de derecho (postulantes), quienes por seis meses deben realizar allí su práctica profesional[15]. De esta manera, las personas que recurren a esta institución ven enfrentadas sus expectativas a la tramitación de causas llevadas a cabo por postulantes que rotan cada seis meses y que no necesariamente cuentan con la experticia profesional para satisfacer la exigencia de calidad que requiere la defensa técnica y letrada.

A la luz de las debilidades que las CAJ ya enfrentaban para brindar asistencia judicial a los sectores más vulnerados de la población, el gobierno del ex presidente Aylwin propuso en el año 1992 "estructurar un sistema de asistencia jurídica gratuita para las personas de escasos recursos", en atención a que no era "posible pretender la existencia de un sistema civilizado de convivencia, si un alto porcentaje de la población no tiene acceso a los mecanismos formales establecidos para resolver sus disputas y que es, asimismo, imposible sostener la igualdad ante la ley si una de las partes en conflicto no tiene la adecuada asistencia jurídica, lo que la coloca en una situación de desventaja frente a la contraria"[16]

El diagnóstico es compartido por el actual Poder Ejecutivo, el cual en su Programa de Gobierno indicó que "[l]a institucionalidad de las Corporaciones de Asistencia Judicial no cumple adecuadamente su rol de facilitar en igualdad de condiciones el acceso a la justicia de los sectores más desvalidos" (Programa de Gobierno, 2009). De ahí que se propusiera diseñar un

12 Ley 4.409 Colegio de Abogados, Publicada en Diario Oficial el 11 de septiembre de 1928, art. 12 letra ñ, y Decreto Ministerio de Justicia Nº 1450 de 25 de abril de 1935 cuyo art art.26 señalaba que: Los Consultorios Jurídicos para Pobres a que se refiere la letra ñ) del artículo 12 de la Ley Nº 4.409, se denominarán "Servicios de Asistencia Judicial" y tendrán por objeto prestar a los pobres asistencia jurídica gratuita y proporcionar a los candidatos a abogados la práctica necesaria para el ejercicio de la profesión.

13 Publicada en el Diario Oficial el 8 de mayo de 1981.

14 El año 2008, el presupuesto ejecutado fue de M$ 18.250.910 al año 2012 este presupuesto fue incrementado a M$ 29.719.468. Fuente: Informe de ejecución trimestral 2012. Dirección de Presupuesto. Ministerio de Hacienda. Ley de Presupuesto en miles de millones moneda nacional (Cifras nominales).

15 El artículo 523 Nº 5 del Código Orgánico de Tribunales establece como uno de los requisitos para obtener el título de abogado, el haber cumplido satisfactoriamente una práctica profesional por 6 meses en las Corporaciones de Asistencia Judicial.

16 Boletín Nº 861-07. Proyecto de ley, que crea el Servicio Nacional de Asistencia Jurídica. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de la Republica. 30 de noviembre de 1994, págs. 2 y 3. La iniciativa de ley no prosperó y el proyecto fue archivado el 22 de agosto de 2002.

sistema de defensoría y asesoría jurídica mediante un régimen de Bono de Asistencia Jurídica, bajo la modalidad de "[g]ratuidad o copago, para que las personas de menores recursos puedan contratar servicios legales libremente. Esta medida permitirá profesionalizar y mejorar la calidad de la defensa jurídica de las personas, ya que serán abogados y no recién egresados quienes prestarán servicios legales a quienes no tienen recursos" (Programa de Gobierno, 2009).

En la cuenta pública del año 2011, abordando esta realidad, el gobierno reiteró dicho compromiso agregando que en una primera etapa "[s]e realizará, por el equipo de la Subsecretaría de Justicia, el estudio del sistema de asistencia y de externalización de la atención, con criterios de competitividad y excelencia, así como el diagnóstico financiero, de fundamental importancia para poder definir un adecuado modelo" (Gobierno de Chile, 2011). Este año volvió a reiterar que "[c]on el fin de avanzar en una mejor asistencia jurídica gratuita para la población más necesitada del país, se enviará al Congreso Nacional un proyecto de ley que modernice las corporaciones que tienen esta tarea a su cargo, de manera de poder brindar una atención profesional y especializada a sus usuarios, y contar con mecanismos de evaluación y control para garantizar calidad y cobertura en la atención del usuario" (Gobierno de Chile, 2012). Finalmente, en comparecencia ante la Comisión de Derechos Humanos del Senado, el 16 abril de 2012, el Ministro de Justicia expresó en el marco de la discusión del Proyecto de Ley que crea la Subsecretaria de Derechos Humanos, que enviaría al Congreso la iniciativa de ley que crea el Servicio Nacional de Asistencia Jurídica. A la fecha de redacción del presente Informe no ha sido enviado un proyecto de ley sobre la materia.

No obstante, el consenso alcanzado en torno a la necesidad de avanzar en una reforma al sistema de asistencia legal para la población más desprotegida es valioso y debiera contribuir a remover las barreras económicas que impiden que sectores de la sociedad accedan a la justicia en igualdad de condiciones y sin discriminación.

BIBLIOGRAFÍA

Centro de Derechos Humanos. (2008). *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008.* Santiago: Universidad Diergo Portales.

Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana. (2011). *Boletín Estadístico 2011*. Santiago.

Defensoría Penal Pública. (2011). *Memoria Anual 2011.* Recuperado el 21 de septiembre de 2012, de http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/eafc8df3e4469a4296c4fcbee709fc36.pdf

Gobierno de Chile. (21 de mayo de 2012). *Cuenta pública 2012.* Recuperado el 2012 de Septiembre de 20, de Sector Justicia: http://www.gob.cl/media/2010/05/JUSTICIA.pdf

Gobierno de Chile. (21 de mayo de 2011). *Mensaje Presidencial.* Recuperado el 20 de septiembre de 2012, de http://www.gob.cl/media/2011/05/Mensaje-Presidencial-21-de-Mayo-2011.pdf

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

Programa de Gobierno. (24 de noviembre de 2009). *Justicia más cerca de la gente.* Recuperado el 20 de septiembre de 2012, de http://www.gob.cl/programa-de-gobierno/instituciones/justicia/

Programa de Gobierno. (24 de noviembre de 2009). *Justicia Más Cerca de la Gente.* Recuperado el 20 de septiembre de 2012, de http://www.gob.cl/programa-de-gobierno/instituciones/justicia/

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

4

Las democracias en el mundo han ido construyendo y consolidando progresivamente institucionalidades en materia de derechos humanos. En el caso de América Latina, esta tendencia cobró fuerza durante los procesos de transición a la democracia, tras las dictaduras que afectaron la región en los 70 y 80. Así, a los esfuerzos de los países de la región por desarrollar legislación y políticas para esclarecer, sancionar y reparar a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante esos períodos, se sumó la necesidad de crear instituciones específicas para la defensa de los derechos humanos como garantía de no repetición de estos hechos y para enfrentar los desafíos futuros en materia de derechos humanos en democracia.

Contar con una institucionalidad fuerte en materia de derechos humanos es hoy un requisito para cualquier Estado que asume sus responsabilidades en este ámbito. En la mayoría de los Estados de América Latina esta institucionalidad tomó la forma de Defensorías del Pueblo o de Derechos Humanos, institución que tiene su origen en los países escandinavos. Al Respecto la Comisión IDH ha planteado que "las Instituciones nacionales de protección y defensa de los derechos humanos, en muchos países bajo la figura de *Ombudsman* o defensores del pueblo, desempeñan un importante rol en la vigencia de los derechos humanos y su establecimiento en los Estados constituye un avance en la consolidación de las instituciones democráticas" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, pág. 236). Una de las características de estas entidades en la región dice relación con su reconocimiento constitucional. Así los ombudsman de Argentina, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela son instituciones amparadas constitucionalmente mientras que las de Ecuador, Costa Rica y Panamá se crearon por ley.

Más allá de su nombre o diseño institucional particular, la obligación del Estado es contar con mecanismos eficaces en la promoción y protección de los derechos humanos. En este sentido, el Estado de Chile debe robustecer dicha institucionalidad, ya sea fortaleciendo la ya existente o ampliándola mediante la creación de otras. En cualquier caso es relevante que esta institucionalidad cuente con las herramientas legales y facultades idóneas para cumplir el mandato de promoción y protección. Tal como señal la Comisión IDH, la "participación [de estas instituciones] en el ámbito de asesoría, acompañamiento a las víctimas y emisión de recomendaciones, es crucial para instar al Estado a cumplir con sus obligaciones contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, pág. 237).

Toda institución pública de derechos humanos debe contar con independencia política, administrativa y funcional; así como que la defensa de los derechos humanos esté dentro de su mandato institucional. Estos estándares se apoyan en los Principios de París, los que hacen referencia explícita a los aspectos mencionados. Así, en materia de autonomía económica, los Principios señalan que "la institución nacional dispondrá de una infraestructura apropiada para el buen desempeño de sus funciones, y en particular de créditos suficientes. Esos créditos deberán destinarse principalmente a la dotación de personal y locales propios, a fin de lograr la autonomía respecto del Estado y no estar sujeta a controles financieros que podrían limitar su independencia"[1].

1 Principios de París, principio B.2.

Esto implica, entre otros aspectos, contar con presencia institucional en todo el territorio de manera tal que permita atender todas las demandas existentes en el país y no verse limitada a aquellas que ocurran en zona geográfica donde se ubica la sede nacional.

Asimismo, los Principios de París exigen autonomía política en relación con la designación de sus miembros, donde es relevante la composición plural. En este sentido, la designación del Defensor/a debe considerar la participación de las organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la promoción y protección de los derechos humanos en el proceso.

En Chile se han realizado esfuerzos por parte de organizaciones de la sociedad civil y autoridades políticas por crear una Defensoría del Pueblo u *Ombudsperson*, entendiendo que sería una institución capaz de dar respuesta a diversas demandas sociales, como el acceso a la justicia –al brindar una defensa técnica profesional– para grupos vulnerados como respuesta a posibles vulneraciones de sus derechos. Así lo ha planteado desde 1985 el Capítulo Chileno del *Ombudsman*[2].

En cuanto a los intentos legislativos por crear una Defensoría del Pueblo desde el año 1991, todos los proyectos presentados, a excepción del que hoy sobrevive en el Congreso, han sido archivados o rechazados[3]. En 2001, el ex Presidente Ricardo Lagos creó la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas, la que si bien pretendía ser un paso previo a una Defensoría del Pueblo, aún se mantiene bajo dependencia del Poder Ejecutivo, sin un mandato claro en materia de defensa de derechos humanos y sin cumplir los estándares mínimos que exigen los Principios de París[4]. En el año 2009, al momento en que Chile debió rendir el Examen Periódico Universal ante el Consejo de Derechos Humanos, no pasó inadvertido el déficit y se le recomendó al país la creación de la "Defensoría de las Personas"[5], proyecto que hasta la fecha no ha avanzado en su tramitación.

Este proyecto vigente en el Congreso fue presentado por el Gobierno de Michelle Bachelet en 2008, con el objetivo de crear la Defensoría de las Personas con rango constitucional. Si bien el articulado no es extenso, ya que establece que una ley orgánica constitucional dictará la regulación específica, sí establece las características básicas que debe cumplir. Con todo, es importante que dicha legislación sea comprensiva de la diversidad de actividades que una Defensoría en materia de derechos humanos debe llevar a cabo, por lo que requiere de un mandato legal amplio y que la dote de las herramientas legales suficientes y eficaces para cumplir con él.

Específicamente, el proyecto de ley establece que "un organismo autónomo, con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio, con el nombre de Defensoría de las Personas, tendrá a su cargo la promoción y resguardo de los derechos y garantías asegurados en esta Constitución, en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y en las leyes, ante los actos u omisiones de los órganos de la administración del Estado y de personas jurídicas que ejerzan actividades de servicio o utilidad pública, en los términos que establezca la ley orgánica constitucional respectiva"[6]. Si bien resulta relevante que el propuesto artículo establezca un bloque amplio de derechos a proteger, el proyecto limita el actuar de la Defensoría ante actos u omisiones de los órganos de la administración del Estado y de personas jurídicas que ejerzan actividades de servicio o utilidad pública.

Del mismo modo, el proyecto no es claro en la fundamentación de por qué sería necesario el establecimiento de una Defensoría, en la medida que señala que la existencia de la Defensoría de las Personas permite "mejorar el desempeño de los funcionarios y la atención, disminuir tiempos

2 Al respecto ver Milos, Juan Domingo, La idea del Defensor del Pueblo en Chile: Los inicios del Capítulo Chileno del Ombudsman, 2009. En este sentido, el Capítulo Chileno del Ombudsman ha desarrollado desde hace más de dos décadas un esfuerzo por la creación de una Defensoría del Pueblo en Chile.

3 Tres proyectos han sido archivados (Boletín 333-07, presentado en 1991; Boletín 332-07, del mismo año; y 2605-07, presentado el 2000); uno fue rechazado (Boletín 3429-07, presentado el 2003), y uno está actualmente vigente (Boletín 6232-07, presentado el 2008).

4 Por ejemplo, dicha institución no tiene rango legal y no cuenta con autonomía política al depender del Poder Ejecutivo.

5 Consejo de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. Chile. 4 de junio de 2009. A/HRC/12/10, párr. 96 Nº 11.

6 Mensaje Presidencial 1148-356, de fecha 1 de diciembre de 2008, con el que se inicia un proyecto de reforma constitucional que crea la Defensoría de las Personas, artículo único.

de trámites, malos tratos, etc."[7]. El objetivo de crear una Defensoría es contribuir a la concreción de una red de instituciones públicas cuyo fin sea promover, garantizar y proteger los derechos fundamentales. En este sentido, mejorar la gestión pública obedece más bien a una lógica de revisión de los procedimientos de los servicios públicos, cuestión que si bien debe buscar todo Estado, no es el fin último de una Defensoría de derechos humanos.

El debate se ha suspendido a partir de la aprobación de la Ley 20.405 y la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Esto no implica que no persistan déficits en este ámbito que es necesario subsanar. La afectación de derechos fundamentales así como los problemas en el acceso a la justicia evidenciados por el INDH en sus Informes Anuales 2010 y 2011, fundamentan la necesidad de contar con suficientes herramientas e instituciones necesarias para la defensa integral de los derechos fundamentales en el país. La Ley 20.405 que creó el INDH le otorga a éste un campo de competencia judicial limitado, al señalar en su art. 3, Nº5, inciso segundo, que "además de deducir querella respecto de hechos que revistan carácter de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, podrá deducir los recursos de protección y amparo consagrados respectivamente en los artículos 20 y 21 de la Constitución, en el ámbito de su competencia".

La necesidad de una defensa técnica en derechos humanos que permita el acceso a la justicia de toda persona y, en especial, de los grupos vulnerados, requiere de un campo mayor de facultades para la presentación de acciones judiciales en toda materia donde se puedan violentar los derechos humanos. Cabe remarcar que el mandato de una institución protectora de derechos humanos, como es el INDH o una Defensoría, debe ser amplio con el objeto de fiscalizar al Estado en su obligación de respeto, promoción y protección de los derechos humanos. Así, se requiere seguir robusteciendo la institucionalidad en derechos humanos, ya sea a través de una nueva institucionalidad o a través del fortalecimiento de la existente[8].

BIBLIOGRAFÍA

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas*. Washington DC.

7 Mensaje Presidencial 1148-356, de fecha 1 de diciembre de 2008, con el que se inicia un proyecto de reforma constitucional que crea la Defensoría de las Personas, pág. 6.

8 En el Informe Anual 2010 se planteó como recomendación "reanudar el debate legislativo en torno a la creación de la figura del Defensor del Pueblo u ombudsman, como una manera de continuar la conformación de una red institucional que promueva y proteja los derechos humanos" (pág. 165), cuestión reiterada en el Informe Anual 2011.



5 LEY 20.500 SOBRE ASOCIACIONES Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA GESTIÓN PÚBLICA

A nivel internacional, el derecho a la participación se encuentra reconocido en el art. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el art. 7.1 del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, entre otros. Dichos textos establecen el derecho de las personas a participar en la vida pública de su país, acceder a cargos públicos y sufragar, y en el caso del Convenio 169 se refiere al derecho de los pueblos indígenas. En la Constitución del país, el derecho a participación se cristaliza a través del derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (art. 1 inciso 4°), el derecho a voto (art. 13), la igualdad ante la ley (art.19 N°2), la libertad de opinión (art.19 N°12) y la libertad de reunión (art.19 N°13), el derecho de petición (art.19 N°14), el derecho de asociación (art.19 N°15) y el acceso a cargos públicos (art.19 N°17). Tanto a nivel internacional como nacional, estas normas dan cuenta de la relevancia de la participación en tanto derecho en sí mismo y como mecanismo para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

Desde la recuperación de la democracia en 1990, la participación ciudadana en Chile ha transformado paulatinamente su carácter y ampliado los ámbitos a los que se aboca: primero, esta tenía su acento en la asociatividad para la satisfacción de intereses individuales y necesidades comunes específicas, donde las organizaciones funcionales como juntas vecinales, clubes deportivos, organizaciones religiosas y comités de adelanto, canalizaban dichos requerimientos. Paulatinamente, la participación ciudadana fue incorporando una motivación en torno al ejercicio de derechos y la toma de decisiones sobre asuntos públicos (De la Maza, 2003; Sanhueza, 2004), lo que comenzó a ocurrir con el trabajo de las organizaciones de derechos humanos durante la dictadura, las que cobraron protagonismo a partir de organizar las demandas públicas por la vida de las personas detenidas desaparecidas y las denuncias por los crímenes que se cometían.

Actualmente, el derecho a la participación en los asuntos públicos constituye una demanda transversal de la sociedad chilena, la que se canaliza a través de diversos actores, en relación con distintos temas, y en ámbitos diferentes. Por ejemplo, los movimientos regionales, el movimiento estudiantil, o las comunidades organizadas en torno a conflictos socioambientales reclaman el derecho a participar, de modo de hacer oír sus voces e incidir en la toma de decisiones. Por su parte, los pueblos indígenas reclaman –entre otras cosas– su derecho a ser consultados de acuerdo a los compromisos internacionales del Estado, y a participar en la definición de las prioridades de desarrollo en la medida que afecten sus vidas, creencias y territorios. El Estado, por distintas razones en cada caso, no ha logrado por lo general incorporar en su actuar las voces de organizaciones sociales y de la sociedad civil, ni tampoco las de los pueblos indígenas, generando la persistencia de las demandas y un creciente distanciamiento de las instituciones públicas y sus autoridades. Por ello, uno de los desafíos del Estado es brindar una adecuada respuesta a las mayores y más amplias demandas de participación ciudadana.

En el año 2010, el Barómetro de las Américas analizó la cultura política y la consolidación democrática en 26 países de la región[1]. Respecto de la participación ciudadana, Chile obtuvo puntuaciones que lo ubicaron entre los últimos puestos, tanto en el involucramiento de las personas en organizaciones de la sociedad civil como en el gobierno local (LAPOP, 2010).

Como una forma de regular este ámbito y para complementar el marco normativo existente, el 16 de febrero de 2011 se publicó la Ley 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública. Desde esa fecha, el Estado enfrenta el desafío de elaborar diversos mecanismos –tanto jurídicos como de gestión– que permitan su concreción y completa operatividad.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA A NIVEL CENTRAL

El 24 de abril de 2011 fue publicado el Instructivo Presidencial para la participación ciudadana en la gestión pública. Este documento tiene como propósito delinear y organizar los esfuerzos de la actual administración para favorecer la participación de las personas en la gestión pública.

Dentro de los objetivos estratégicos señalados en este documento destaca el fortalecimiento de las organizaciones sociales como forma de promover la corresponsabilidad en la mejora de políticas y prestaciones sociales, el énfasis en la oportunidad y calidad de la información que entregan los servicios públicos, y la promoción del control ciudadano. Además, obliga a los organismos del Poder Ejecutivo a determinar los mecanismos de participación ciudadana que pondrán a disposición, y designa al Ministerio Secretaría General de Gobierno como encargado de asesorar y monitorear su cumplimiento.

En esta misma línea, en noviembre de 2011 el Poder Ejecutivo presentó la "Política para la Participación Ciudadana en el marco de la Corresponsabilidad". Este texto especifica y complementa lo desarrollado en el instructivo presidencial, presentando no solo la misión y los objetivos estratégicos de la política, sino también tres ejes para su implementación: i) información y consulta a la ciudadanía, que implica la entrega de información de calidad en forma oportuna y a través de canales adecuados; ii) control ciudadano, que incluye la profundización de la transparencia de la gestión pública y la promoción de la fiscalización ciudadana; y, por último, iii) el fortalecimiento de la sociedad civil. En este marco, estipula un total de 11 mecanismos para la participación ciudadana: cuatro de ellos obligatorios por ley (Consejo de la Sociedad Civil, Consulta Ciudadana, Cuentas Públicas Participativas y Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de Interés Público), cuatro que ya existían y se busca perfeccionar (Ley de Transparencia, Escuela de Gestión Pública para Dirigentes Sociales, Diálogos Participativos y Sistema Integral de Atención Ciudadana), y tres propuestos por la actual administración (Ventanillas Virtuales de Opinión, Apertura de datos del Gobierno y Cabildos Ciudadanos).

A modo de recoger información que permitiera evaluar la implementación de la Ley 20.500 a nivel central, el 7 de agosto de 2012 fue enviado el oficio N° 216 al Ministerio Secretaría General de Gobierno, el cual a la fecha de cierre de este Informe no había sido respondido. Además, la información publicada en la página web del Ministerio no permite conocer el estado de avance de todos los reglamentos y actos administrativos que la hacen operativa.

Al respecto, la Asociación Chilena de Organismos No Gubernamentales manifestó en abril de este año que "los reglamentos están sin concluir y la ley no puede ser ejercida en plenitud" (ACCION, 2012, párr. 5). Además, indicó que "no cumple con las expectativas de la sociedad civil organizada para potenciar espacios reales de participación e incidencia política [ni] está a la altura de las necesidades de nuestro país en materia de democracia y desarrollo" (ACCION, 2012, párr. 15).

PARTICIPACIÓN CIUDADANA A NIVEL LOCAL

De acuerdo con lo estipulado en la Ley, las municipalidades contaban con un plazo de 180 días después de la promulgación para adecuar sus Ordenanzas Comunales de Parti-

1 Iniciativa desarrollada por el Proyecto de Opinión Pública de América Latina (LAPOP) desde 2004. Consiste en la aplicación de encuestas de opinión pública a personas en edad de votar, con el objetivo de estudiar valores y comportamientos democráticos. Actualmente se aplica cada dos años y cubre 26 países de Norteamérica, América Latina y el Caribe.

cipación, cuyo fin es fijar los mecanismos de participación ciudadana a nivel territorial. Además, todas las comunas debían reemplazar el Consejo Económico y Social (CESCO) –encargado de asesorar al Concejo Municipal en la elaboración del Plan de Desarrollo Comunal, la definición de inversiones y la elaboración de políticas territoriales, entre otras materias– por el Consejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil, cuya composición es más heterogénea al no centrarse únicamente en las organizaciones territoriales y funcionales. Para ello contaban con 60 días desde la promulgación de la Ordenanza de Participación.

Para conocer el estado de cumplimiento de los estándares fijados por la Ley 20.500 a nivel local, se envió con fecha 7 de agosto de 2012 el oficio Nº 217 a la Asociación Chilena de Municipalidades y el Nº 215 a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo. Al respecto, al 31 de octubre, fecha de cierre del presente Informe, ninguna de las respuestas había sido recibida.

Pese a la falta de información oficial disponible, el estudio realizado por las organizaciones no gubernamentales Ciudad Viva y Fundación Avina y por el Laboratorio Ciudad y Territorio de la Universidad Diego Portales, brinda información sobre la situación a nivel municipal. Sus resultados muestran que un 55,5% de los municipios participantes del estudio tiene conformado su Consejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil (COSOC) y un 65% ha modificado su Ordenanza Comunal de Participación (Marín & Mlynarz, 2012).

BIBLIOGRAFÍA

ACCION. (20 de abril de 2012). *Ley de Participación: Una Ley sin reglamentos.* Recuperado el 7 de septiembre de 2012, de ACCION: http://www.accionag.cl/noticias/a-dos-meses-de-su-vigencia-aun-no-opera/

Dagnino, E., Olvera, A. J., & Panfichi, A. (2006). *La disputa por la construcción democrática en América Latina.* México: FCE, CIESAS, Universidad Veracruzana.

De la Maza, G. (2003). *Sociedad civil y democracia en Chile.* Obtenido de BCN: http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-25.4785762907/folder.2005-10-25.3074147462/39%20Paper%202.pdf

Gobierno de Chile. (20 de abril de 2011). *Instructivo Presidencial para la participación ciudadana en la gestión pública.* Obtenido de Presidencia: http://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/002-2011.pdf

Gobierno de Chile. (noviembre de 2011). *Política para la participación ciudadana en el marco de la corresponsabilidad.* Obtenido de http://www.participacionciudadana.gob.cl/wp-content/uploads/2012/08/biblioteca/APARTADO_LEY_20500/Politica_de_Participacion.pdf

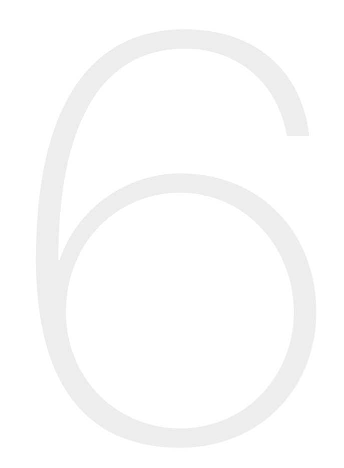
LAPOP. (2010). *Cultura política de la democracia. Informe sobre las Américas.* Recuperado el 7 de septiembre de 2012, de LAPOP, Universidad de Vanderbilt: http://www.vanderbilt.edu/lapop/ab2010/Report_on_the_Americas_Spanish_Formatted_V3_4april2011.pdf

Marín, T., & Mlynarz, D. (2012). *Monitoreo a la normativa de participación ciudadana y transparencia municipal en Chile.* Obtenido de Ciudad Viva: http://www.ciudadviva.cl/sitio/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=807&Itemid=69

Sanhueza, A. (2004). *Participación ciudadana en la gestión pública.* Recuperado el 03 de septiembre de 2012, de Corporación PARTICIPA: http://www.participa.cl/wp-content/uploads/2007/10/participacion-ciudadana-en-la-gestion-publica.pdf



LEY ANTIDISCRIMINACIÓN



Luego de siete años de debate parlamentario, el 24 de julio de 2012 empezó a regir la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación. Su aprobación es relevante, por un lado, porque dispone de un mecanismo judicial específico al cual pueden recurrir las personas que consideren que han sido víctimas de discriminación, y por otro, en tanto mensaje simbólico que el Estado envía respecto de aquello que no resulta aceptable en la sociedad chilena actual. Sin embargo, la complejidad y diversidad de la discriminación y sus prácticas requerirán en el tiempo de esfuerzos mayores, adicionales, a los fines de lograr transformar los prejuicios y prácticas sociales e institucionales existentes.

El art. 1 de la norma instaura "un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria". Por tal se entiende toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza del ejercicio de los derechos fundamentales. Como categorías sospechosas[1] se explicitan la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad (art. 2).

En este largo camino se han debido superar varios obstáculos para llegar al texto finalmente aprobado. El trasfondo de la discusión de la ley corresponde al debate social existente en relación con el reconocimiento de las legítimas diferencias entre las personas y, con ello, la superación de las discriminaciones existentes hasta ahora. En torno a este contexto se pueden ordenar buena parte de los debates que suscitó la tramitación de la ley.

A lo largo de la discusión en el Congreso, una argumentación reiterada por una corriente de parlamentarios/as, de organizaciones privadas y de iglesias discutió la pertinencia de contar con una legislación de estas características dado que la igualdad es un principio ya consagrado en la Constitución (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012)[2]. En las presentaciones que hizo a lo largo del debate parlamentario, el INDH señaló que las conductas que la ley busca prevenir y erradicar son frecuentes y una demostración inequívoca de que los instrumentos jurídicos y normativos existentes han

1 En la doctrina y jurisprudencia de derechos humanos, en particular respecto de los principios de igualdad y no discriminación, la noción de categoría sospechosa apela a aquellas condiciones de lo humano –permanentes o adquiridas– históricamente desvaloradas. La Corte Constitucional colombiana aporta la siguiente clasificación: las categorías señaladas como sospechosas (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen per se, criterios que permitan efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. Constitucional de Colombia, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1134 del Código Civil, Sentencia C-101/05, 8 de febrero de 2005.

2 Antecedentes pueden encontrarse en los registros de las discusiones en la Comisión de Derechos Humanos y de los debates en Sala de la Cámara de Diputados (págs. 33 y ss. y 91 y ss. de la referencia). Se debe agregar que la propia Corte Suprema informó desfavorablemente: "Al respecto, debe considerarse que nuestra Carta Fundamental ya establece como derecho esencial de la persona humana –en el artículo 19 Nº 2– la igualdad ante la ley, asegurando que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias. En dicha norma adicionalmente se agregó a través de una reforma constitucional, que hombres y mujeres son iguales ante la ley. De esta forma, se regula de algún modo la no discriminación y, frente a la amenaza, perturbación o privación del legítimo ejercicio de este derecho, se concede el recurso de protección". La Corte Suprema por Oficio Nº 58 de 3 de mayo de 2005, respondiendo a la H. Cámara.

sido deficitarios para disuadir su ocurrencia y reparar los derechos vulnerados (INDH, 2011 a). En ese mismo sentido, este año la propia Corte IDH señaló a Chile, en la sentencia del caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, que "el derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos"[3].

Otro ámbito de debate recurrente se produjo en torno a la incorporación de la orientación sexual y de la identidad de género como categorías sospechosas de discriminación. De hecho, estas dimensiones fueron integradas, excluidas y repuestas en el articulado durante la tramitación del proyecto. En varias indicaciones e intervenciones, parlamentarios/as, abogados/as e integrantes de organizaciones privadas y de iglesias se pronunciaron a favor de una norma de carácter general que no estableciera categorías[4]. También se argumentó que los jueces y juezas dirimirían respecto de los hechos de discriminación sobre la base de sus apreciaciones subjetivas, dada la dificultad para definir estas categorías y la ausencia de referencia a ellas en la normativa interna[5]. En sentido similar se pronunciaron organizaciones vinculadas a la defensa de la familia y de las iglesias, quienes rechazaron la incorporación de estas categorías por tratarse de conductas que, aunque tolerables, no podían ser consideradas como positivas ni debieran ser alentadas[6].

El INDH, al igual que algunas organizaciones de derechos humanos (en particular, de la diversidad sexual), señaló en su oportunidad que la orientación sexual y la identidad de género están definidas en los Principios de Yogyakarta[7], y han sido recogidas en las resoluciones de la OEA y la ONU –todas suscritas por el Estado chileno– que condenan estas causas de discriminación. Durante la discusión en el Congreso, el INDH señaló a los/as parlamentarios/as la pertinencia de mantener dentro de los criterios sospechosos la orientación sexual y la identidad de género a efectos de otorgar una mayor protección jurídica y judicial a sectores de la población cuyos derechos se vulneran producto de una legislación interna que no les ampara[8].

El texto definitivo incorporó la orientación sexual y la identidad de género como categorías sospechosas, se eliminaron de su contenido referencias que ligaban la homosexualidad

3 Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 120.

4 Antecedentes pueden encontrarse en los registros de las discusiones en la Comisión de Constitución del Senado (págs. 488 y ss.) (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012). Expertos/as en derecho argumentaron que "Esta técnica de fijar eventos rígidos de discriminación no parece adecuada con los actuales criterios jurisprudenciales y doctrinales para identificar casos de discriminación arbitraria. En efecto, y como desarrollaremos a continuación, el análisis que permite identificar eventos de discriminación arbitraria es esencialmente casuístico y de racionalidad, pues requiere una ponderación altamente compleja de los elementos presentes en el caso concreto". Presentación de Arturo Fermandois, Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, ante la Comisión de Constitución del Senado (págs. 510 y ss.) (Ibídem).

5 Antecedentes pueden encontrarse en los registros de las discusiones en la Comisión de Constitución del Senado (págs. 771, 800 y 833 ss.) (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012).

6 La coordinadora de la Red por la Vida y la Familia, señora Patricia Gonnelle, señaló: "Seamos sinceros: este proyecto no tendría las discrepancias que tiene si no fuera por las categorías protegidas incorporadas, estas que responden a la nueva ideología imperante del siglo XXI: la ideología de género que consiste en eliminar a la naturaleza como medida de las cosas". El señor Manfred Svensson, delegado de las Organizaciones Evangélicas Consejo Nacional de Obispos y Pastores de Chile argumentó que: "las actitudes de aceptación y las actitudes de tolerancia, no se despliegan simultáneamente respecto de lo mismo, o no bajo una misma consideración. Requerimos respetar y aceptar a aquellos en quienes vemos un mal que toleramos; pero ese mal es precisamente objeto de tolerancia, y no de respeto. La norma que aquí se discute, como abiertamente lo sostienen sus promotores, busca dejar atrás estas distinciones para inculcar solo las actitudes consideradas positivas". Ambas en: Informe de la Comisión Mixta, recaído en el proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación. Boletín Nº 3.815-07.

7 Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género fueron elaborados por un grupo de expertos/as en noviembre de 2006 y presentados ante el Consejo de Derechos Humanos en 2007. Entre sus integrantes estuvo Mary Robinson, ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, expertos independientes de la ONU e integrantes de los órganos que dan seguimiento a los tratados, jueces/zas, académicos/as y activistas por los derechos humanos. Los Principios ratifican los estándares legales para que los Estados, y los actores sociales en general, puedan detener la violencia, abuso y discriminación ejercida contra las personas con estas condiciones. (INDH, 2010)

8 En 2011, el INDH presentó tres documentos informativos durante la discusión del proyecto, dos ante la Comisión de Constitución del Senado y uno ante el Grupo de Trabajo creado por la propia Comisión para consensuar una definición de discriminación arbitraria y sobre la acción de tutela.

con la pedofilia[9], y se subsanó la ausencia de la identidad de género como factor agravante de la pena (art. 17).

En cuanto al mecanismo judicial, la ley establece que la acción de no discriminación arbitraria se puede interponer ante un juez de letras. Esto requerirá un esfuerzo adicional de formación por parte del Estado porque los jueces civiles por lo general no conocen la dogmática en este tipo de cuestiones. Las personas que consideren que han sido objeto de una discriminación arbitraria también pueden optar por recurrir a través del recurso de protección, que es el mecanismo constitucional general que la legislación contempla. La única restricción que impone la ley que establece medidas contra la discriminación es que no se admitirá a tramitación la acción de no discriminación arbitraria "[c]uando se ha recurrido de protección o de amparo, siempre que tales acciones hayan sido declaradas admisibles, aun cuando el recurrente se haya desistido" (art. 6, 1.). Este punto fue discutido durante la tramitación de la ley, y finalmente se concluyó en la compatibilidad entre ambas acciones (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012)[10]. Sin perjuicio de lo anterior, la acción específica de no discriminación tiene un mayor plazo para ser deducida –90 días desde ocurridos los hechos o desde que la persona afectada tuvo conocimiento de estos, mientras el recurso de protección otorga 30 días– y no tiene limitaciones respecto de los derechos reconocidos en la Constitución que se aleguen vulnerados por afectación del principio de igualdad y no discriminación. El recurso de protección, en cambio, ha resultado inefectivo en esta materia (INDH, 2011 a). El INDH espera que la acción especial adoptada resulte un recurso eficaz para las personas que han visto vulnerados sus derechos producto de actos discriminatorios, y que las sentencias a las que se llegue en el tratamiento de las causas reparen y prevengan nuevos hechos de discriminación.

La nueva legislación presenta desafíos evidentes y ausencias que serán necesarios subsanar en el futuro. Respecto de los primeros, destaca el conflicto entre derechos que plantea la norma al considerar razonables las distinciones, exclusiones o restricciones discriminatorias si se justifica haber actuado en ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial aquellos contenidos en los números 4, 6, 11, 12, 15, 16 y 21 del artículo 19 de la Constitución. Al respecto, el INDH expresó en el debate parlamentario que en la eventualidad que ante un acto discriminatorio se alegue colisión de derechos, es tarea del juez ponderar en el caso concreto si hay o no discriminación. No es posible para el legislador decidir en abstracto y a todo evento qué situaciones no se entenderán como discriminatorias. La ponderación debe darse en pie de igualdad entre derechos y no estableciendo una ventaja normativa a favor de uno de ellos. Caso contrario, la apelación a conflictos de derechos conllevará ubicar el principio de igualdad y no discriminación en un estatus inferior al de otras garantías constitucionales. Este escenario requerirá del esfuerzo de jueces y juezas por incorporar en sus consideraciones y sentencias los estándares internacionales de derechos humanos en la materia.

Las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en materia de no discriminación establecen deberes de respeto y garantía, y para ello se requieren medidas de prevención, así como acciones judiciales tendientes a investigar y sancionar cuando corresponda a las personas responsables de hechos discriminatorios. A través de la acción judicial, la ley aprobada solo satisface una de estas dimensiones. La norma es débil en materia de prevención, es decir, en formular la obligación de acciones orientadas a informar a la ciudadanía y a transformar mitos, prejuicios e imaginarios culturales que están en la base de la discriminación, lo que constituye una importante debilidad.

La mayor deuda de la ley es la ausencia de medidas especiales, tales como las acciones afirmativas, que estando

9 En el texto aprobado por el Senado se incluía el siguiente inciso en el artículo 2: "Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. De esta manera, por ejemplo, no podrá reclamar discriminación por orientación sexual un individuo que deba responder por actos sexuales violentos, incestuosos, dirigidos a menores de edad cuando tengan el carácter de delito, o que, en los términos de la ley vigente, ofendan el pudor".

10 Hubo parlamentarios/as que estuvieron en contra de una acción judicial especial en atención a que el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución, salvaguarda los derechos y garantías que pudieran ser vulnerados por razones de discriminación. Así también lo consideró la Corte Suprema (ver nota al pie 2). Sin embargo, SERNAM y personas expertas de ámbitos académicos y ONG´s mostraron los límites de este recurso en la tramitación de causas de discriminación. Se puede leer sobre este debate en la discusión en sala de la Cámara de Diputados (junio de 2005), en el primer y segundo informe de la Comisión de derechos humanos del Senado (abril 2006 y enero de 2007), y en el primer informe de la Comisión de Constitución (junio de 2011). (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012).

incorporadas en el proyecto inicial fueron eliminadas a lo largo del debate parlamentario[11]. Diversos tratados internacionales establecen como obligación de los Estados adoptar estas acciones bajo dos requisitos: que sean temporales (mientras exista una situación de discriminación) y que no originen una nueva discriminación (que sean proporcionales)[12]. La brecha existente entre igualdad formal y sustantiva puede solucionarse en parte con la adopción de medidas de esta naturaleza, ya que permiten que toda persona o grupo discriminado (migrantes, mujeres, diversidad sexual, personas trabajadoras de casa particular, niños y niñas, indígenas, entre otros) pueda ejercer sus derechos en pie de igualdad con aquellos/as que no lo son. Este estándar de derechos humanos no fue incorporado a la ley, aun cuando han sido incorporadas en otras normas de la legislación nacional[13]. Estos son temas de particular preocupación para el INDH, los que fueron abordados en el seminario internacional "Igualdad y no discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real" realizado en julio de 2011, que tuvo por objeto promover un debate amplio e informado sobre los estándares de derechos humanos en la materia. Se desarrolló allí una reflexión crítica sobre la necesidad de establecer medidas de acción afirmativa temporales en ciertos ámbitos como herramientas efectivas para favorecer la igualdad real entre las personas (INDH, 2011 b).

La ley entra en vigencia en momentos en los que los múltiples desafíos en este ámbito son evidentes, entre otras cosas porque se siguen registrando actos violentos y discriminatorios. El propio trámite legislativo que concluyó con la promulgación de la ley se aceleró por el caso de Daniel Zamudio que murió a causa de una brutal golpiza en razón de su condición homosexual[14]. Este hecho se da en un contexto donde, según el proyecto Todo Mejora[15], en Chile el 42% de los jóvenes no heterosexuales reconoce haber sufrido *bullying* homofóbico de manera frecuente; según la organización, esto incide en los niveles de suicidio de estos/as jóvenes (Instituto de Estudios en Salud, 2011). Además, en el mes de septiembre se conoció el caso de instructivos dentro de las Fuerzas Armadas que explícitamente señalan excluir en los procesos de reclutamiento a personas homosexuales o de precaria condición socioeconómica, entre otros aspectos[16].

A poco tiempo de haber entrado en vigencia, el mecanismo judicial que provee la ley ya fue utilizado por una pareja de jóvenes lesbianas que no pudieron utilizar los servicios de un motel por su orientación sexual[17].

La discriminación afecta también a las personas con discapacidades, migrantes, integrantes de pueblos indígenas y mujeres, entre otros. Respecto de estas últimas, el Comité de la CEDAW recomendó a Chile, en octubre de 2012, "[a]doptar una definición legal integral de todas las formas de discriminación contra la mujer, que abarque tanto la discriminación directa e indirecta, así como establecer en su Constitución y/o otras leyes, el principio de igualdad entre mujeres y hombres, de conformidad con el artículo 2 (a) de la Convención, con miras a lograr la igualdad formal y sustantiva entre mujeres y hombres"[18].

11 La disposición fue eliminada por el Senado en junio de 2008 y no fue repuesta en el debate posterior. El INDH observó esta ausencia, y lo mismo hicieron expertas/os en derechos humanos de ONG's de mujeres y de la diversidad sexual, además de profesionales de centros académicos. Sobre este debate ver: Informe Complementario del Segundo Informe de Comisión de Derechos Humanos del Senado. (págs. 429 y ss.) y el Informe de la Comisión Mixta (págs. 994 y ss.) (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012).

12 Ver la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

13 Ley Nº 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, vigente desde 10 febrero de 2010.

14 La agresión se produjo el 2 de marzo de este año en el Parque San Borja en Santiago, y Daniel muere producto de las lesiones el 27 de ese mismo mes. Una semana después son detenidos 4 jóvenes que a la fecha de elaboración de este informe están en prisión preventiva esperando el juicio. En julio, el fiscal de la zona Metropolitana Centro Norte solicitó al tribunal extender el plazo de investigación. La audiencia de revisión de cargos quedó fijada para el 28 de septiembre de 2012.

15 Ver www.todomejora.org

16 Se trata del documento interno "Disposiciones de seguridad para el proceso de reclutamiento y acuartelamiento de contingente", de fecha 6 de febrero de 2012, que corresponde a un instructivo de la Primera División del Ejército en Antofagasta que llama a tener precaución con "aquellos postulantes que presenten problemas de salud física, mental, socioeconómica, homosexuales y testigos de Jehová". El Comandante en Jefe del Ejército pidió disculpas públicas y abrió un proceso de revisión de todos los documentos de jerarquía que pudiesen expresar alguna forma de discriminación dentro de la institución.

17 La demanda fue interpuesta ante el Tercer Juzgado Civil de Santiago y acogida a tramitación el pasado 8 de agosto. A la fecha de cierre de este Informe, está aún pendiente de resolución.

18 Comité CEDAW, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Chile, CEDAW/C/CHL/CO/5-6, 16 de octubre de 2012, párr. 11 a.

La erradicación de la discriminación no se agota con la existencia de esta ley, menos aún si esta solo pone el acento en la sanción judicial de los actos discriminatorios. Se requerirá del Estado una acción sostenida para transformar –a través de campañas de bien público y otras modalidades– las construcciones culturales que están en la base de los discursos y conductas discriminatorias, así como el desarrollo de procesos de formación hacia funcionarios/as públicas, y el continuo mejoramiento de los procesos educativos en todos sus niveles, que aborden la cuestión de la igualdad y la no discriminación[19].

19 Al respecto, ver capítulo de Educación en Derechos Humanos en el presente informe.

BIBLIOGRAFÍA

Biblioteca del Congreso Nacional. (2012). *Historia de la ley Nº 20.609. Establece medidas contra la discriminación.* Valparaíso.

INDH. (2010). *Informe Anual 2010 Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

INDH. (2011 a). *Informe Anual 2011 Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

INDH. (2011 b). *Igualdad sin discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real.* Santiago.

Instituto de Estudios en Salud, Sexualidad y Desarrollo (2011). *Estudio a través de internet sobre bullying, y sus manifestaciones homofóbicas en escuelas de Chile, Guatemala, México y Perú, y su impacto en la salud de jóvenes varones entre 18 y 24 años.* Lima: Universidad Peruana Cayetano Heredia.



7

REGULACIÓN DEL LOBBY

Como parte del proceso de profundización democrática, Chile ha incorporado el principio de probidad y transparencia en la gestión pública con el objetivo de prevenir hechos de corrupción, fortalecer la rendición de cuentas y el control social, y garantizar que el interés público no sea desvirtuado en favor de intereses particulares. Se ha planteado que "las prácticas corruptas, por lo general, traen como consecuencia la desigualdad y la discriminación en el disfrute de los derechos humanos" (International Council on Human Rights Policy, 2009, pág. 37). De este modo, el Estado de Chile comenzó una serie de modificaciones legales tendientes a transparentar el quehacer público –carrera funcionaria, gasto electoral, declaración jurada patrimonial y de intereses, entre otros aspectos– y fomentar el control social.

No obstante lo anterior, una materia anunciada pero aún no regulada se refiere a la actividad del *lobby* o gestión de intereses. La regulación en este campo es necesaria para transparentar las relaciones entre autoridades públicas y grupos organizados de la sociedad, con el objeto de garantizar el derecho de toda persona a participar en igualdad de condiciones en el debate público, y observar que las decisiones de las autoridades se adopten en pos del bien común y no de intereses particulares. La propia Constitución, en su art. 1, señala que el Estado debe "promover el bien común", como también "asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional". Así, su regulación es necesaria para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática al permitir un mayor control social y prevenir actos de corrupción como el tráfico de influencias. Esta necesidad de regulación ha sido recalcada por la organización no gubernamental Chile Transparente, que señaló a fines de 2011 que la regulación del *lobby* era uno de los temas urgentes de regular en Chile (Chile Transparente, 2011, pág. 30). Una normativa de este tipo tiene como objeto principal transparentar quiénes son escuchados por las autoridades al momento de la adopción de una decisión, lo que permite verificar que la decisión pública adoptada responda al bien común de la sociedad y no a intereses particulares.

Esta regulación debe estar concebida desde una perspectiva de derechos humanos, es decir, planteando el acceso a las autoridades en un plano de igualdad, con pleno acceso a la información que permita el control social sobre el *lobby* que se lleva a cabo, y con la posibilidad de denunciar el incumplimiento de las obligaciones que se establecen en su regulación. Así, normar este ámbito de acción no se fundamenta únicamente en el ejercicio de derechos políticos (como es el derecho de petición y de participación en los asuntos públicos), sino que tiene consecuencias en el ejercicio de derechos de diversa naturaleza. Esto, en razón que a través de su práctica se busca incidir en la toma de una decisión pública que puede beneficiar a un grupo determinado por sobre otro, presentándose así un obstáculo para la toma de decisiones políticas imparciales. Si la decisión sobre la que se busca incidir tiene relación con la construcción de una planta de energía, la construcción de viviendas, la posible modificación legal al régimen de aguas, la concesión de establecimientos penitenciarios, entre otros temas, estará en juego además el respeto, protección y garantía de derechos económicos, sociales y culturales de personas o grupos que tienen derecho a conocer cómo fue el proceso de toma de decisión, a quién se escuchó y cuándo, y cuáles fueron las características de dicha conversación.

Además, la regulación del *lobby* constituye una obligación internacional del Estado. El artículo 5 de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción establece que "cada Estado Parte procurará establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción" y, por lo mismo, "procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción". Asimismo, la Declaración de Santiago de enero de 2012 presenta entre sus conclusiones instar al Congreso a "implementar un marco legal de rendición de cuentas, que incluya, entre otros aspectos, normativa sobre evaluación de la gestión, de acceso a la información pública, de control interno, de lucha contra la corrupción, de prevención de conflictos de interés. El tráfico de influencias, las presiones indebidas, el financiamiento de la política y un marco sancionatorio preciso"[1].

Actualmente hay tres proyectos de ley en discusión en el Congreso[2]; el último ha sido presentado por el Poder Ejecutivo durante el gobierno de Michelle Bachelet. Este definía la actividad de *lobby* independiente como aquella en que se recibía una remuneración a cambio de realizar una gestión de interés, establecía un listado donde excluía ciertas actividades de la definición (organizaciones no gubernamentales, gremios, colegios profesionales, entre otros, salvo que representaran intereses particulares), determinaba ciertas prohibiciones para quienes ejercieran el *lobby*, estatuía la obligación de un registro público de *lobbystas* y de audiencias y reuniones con funcionarios públicos y, además, señalaba un conjunto de sanciones para *lobbystas* y funcionarios por actos contrarios a la ley. Sobre este proyecto, el Gobierno presentó en mayo de 2012 una indicación sustitutiva que introduce una serie de modificaciones y que actualmente está en segundo trámite constitucional en el Congreso.

La indicación presentada por el Poder Ejecutivo implica varias modificaciones. En primer lugar, no solo regula el *lobby*, sino que lo amplía a toda gestión que represente intereses particulares ante las autoridades públicas, lo que en la práctica incluye a juntas de vecinos, sindicatos, cooperativas, iglesias, asociaciones indígenas, pequeños empresarios y otras organizaciones que el proyecto anterior no consideraba. Esta modificación se entiende y justifica desde un punto de vista de dar igual trato formal, es decir, aplicar una misma legislación a un conjunto de grupos o personas con el objeto de transparentar toda comunicación o relación con éstos. Sin embargo, el proyecto debería reconocer de alguna manera que no todos los grupos o personas tienen la misma capacidad o poder para influir en la toma de decisiones de las autoridades.

Específicamente, el artículo 2 del proyecto define *lobby* como "aquella gestión o actividad remunerada, ejercida por personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que tiene por objeto promover, defender o representar cualquier interés particular, respecto de las decisiones que, en el ejercicio de sus funciones, deban adoptar los sujetos pasivos de los órganos de la Administración del Estado o del Congreso Nacional, y de los demás organismos del Estado, que se indican en los artículos 3º y 4º". Por su parte, la gestión de intereses particulares, si bien en general contiene las mismas características, se diferencia en que no es remunerada. Así, para el Poder Ejecutivo, la remuneración es lo que diferencia la actividad de *lobby* de la representación de intereses particulares.

El proyecto además sufrió una modificación en cuanto a quiénes están obligados a transparentar sus actividades de *lobby*. En este sentido, la indicación elimina el registro de *lobbystas*, sus obligaciones y prohibiciones, para referirse únicamente a autoridades públicas. En efecto, los artículos 3 y 4 detallan un extenso listado donde figuran, entre otros, ministros/as, subsecretarios/as, jefes/as de servicio, directores/as regionales de los servicios públicos, los/as intendentes/as y gobernadores/as, los/as secretarios/as regionales ministeriales y los/as embajadores/as. Es positivo que la lista no sea taxativa, ya que por resolución administrativa puede incluir otros cargos públicos no contemplados en la ley.

De acuerdo al art. 8 de la Constitución, la obligación de transparencia es transversal a todo el Estado[3] y en este

1 Declaración de Santiago sobre Transparencia e Integridad en los Parlamentos y los Partidos Políticos, acordada en el Seminario Internacional sobre Transparencia y Probidad en el Congreso Nacional y el Sistema de Partidos Políticos, de fecha 12 y 13 de enero, organizado por el Senado de la República, punto 5.

2 Ellos son: Boletín 6189-06, del 5 de noviembre de 2008; Boletín 4621-07, del 18 de octubre de 2006; y Boletín 3407-07, del 5 de noviembre de 2003.

3 Es importante mencionar que dicho poder ha avanzado en la difusión de mayor cantidad de información y rendición de cuentas a través de su página web.

sentido sería importante que la ley incluyera al Poder Judicial, en la medida que en ese ámbito también tienen lugar decisiones relevantes susceptibles de ser influenciadas por intereses organizados. Asimismo, la transparencia en el Poder Judicial constituye una garantía de independencia e imparcialidad del tribunal, elemento fundamental del debido proceso legal. La falta de transparencia y las acciones de *lobby* pueden afectar la garantía de igualdad ante la ley y el acceso a la justicia, lo que constituye una preocupación desde el punto de vista de la garantía de los derechos humanos.

El proyecto incluye a organismos que están en permanente contacto con el Poder Judicial, como es el Ministerio Público o el Consejo de Defensa del Estado, pero excluye a este poder. El único mecanismo existente en este ámbito para prevenir este tipo de conflictos está en el Código Orgánico de Tribunales, que específicamente establece las causales que inhabilitan a un/a juez/a para conocer y pronunciarse sobre un caso. Estas inhabilidades son de dos tipos: recusaciones e implicancias (art. 194). Estas inhabilidades pretenden resguardar la imparcialidad del tribunal, de modo tal que de operar alguna de ellas, quien ejerce funciones jurisdiccionales pierda la facultad de fallar esa causa por tener intereses comprometidos[4]. No obstante lo anterior, esta figura no excluye la necesidad de conocer con quienes se reúnen los jueces, o en qué empresas o sociedades participan, de modo de poder efectivamente configurar las inhabilidades. De lo contrario, queda esperar que la implicancia o recusación se plantee de oficio por el o la jueza, decisión que queda entregada solamente a su voluntad.

Por último, el proyecto excluye de la definición de *lobby* ciertas acciones. Entre ellas se encuentran las asesorías contratadas por órganos públicos y parlamentarios realizadas por profesionales e investigadores de asociaciones sin fines de lucro (entre otros), como también las invitaciones que funcionarios/as del Estado y parlamentarios/as hagan a investigadores de tales asociaciones sin fines de lucro para reuniones técnicas. Acorde a la distinción que el proyecto realiza entre lobby y gestión de interés particular, las reuniones con profesionales e investigadores podrían ser consideradas dentro de esta última distinción, toda vez que podrían entregar un conocimiento técnico a favor de una postura, lo que puede considerarse como una defensa o promoción de un interés específico.

4 Las causales específicas pueden ser consultadas en los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

Burgos, J. (2012). Transparencia en el Estado: A medio camino. In J. C. (Ed.), *Anuario de Derecho Público UDP*. Santiago: Ediciones UDP.

Chile Transparente. (2011). *Indice de Percepción de Corrupción.* From www.chiletransparente.cl

International Council on Human Rights Policy. (2009). *La corrupción y los derechos humanos: Estableciendo el vínculo.*

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. (2007). *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*. Washington DC.



8 PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL SERVICIO NACIONAL DE MENORES

Tras cumplirse 22 años desde la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño el Estado chileno tiene pendiente la realización de los ajustes institucionales y de política requeridos por este tratado internacional, a los fines de contar con una política integral de derechos de niños, niñas y adolescentes que aborde la protección de la infancia en sus diversos ámbitos. El Comité de los Derechos del Niño, en los exámenes periódicos de 2002 y 2007, ha recomendado a Chile reformar la Ley de Menores para establecer una norma que proteja integralmente a niños, niñas y adolescentes.

En particular, el último examen periódico del Comité indicó la necesidad de que el Estado "haga una distinción clara, en los procedimientos judiciales y a todos los demás efectos, entre los niños que necesitan protección y aquellos que han entrado en conflicto con la ley"[1]. A esto se suman los cuestionamientos hacia los centros residenciales del Servicio Nacional de Menores (SENAME), donde se han detectado problemas de infraestructura, hacinamiento y segregación, falta de personal calificado y una inadecuada oferta de actividades para los niños, niñas y adolescentes (Cámara de Diputados, 2009; Senado, 2011). Estas situaciones serían producto de falencias en la implementación de los programas, pero también de la insuficiencia de la subvención que SENAME entrega a las instituciones colaboradoras, la que de acuerdo a un estudio reciente "no cubre el total del gasto real que debe realizarse para satisfacer las necesidades de los niños" (Poblete & Pérez, 2012).

1 Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007, párr. 8.

Actualmente, el SENAME cuenta con un total de 1.275 centros y programas de atención, de los cuales un 95% son ejecutados por Organismos Colaboradores Acreditados (Servicio Nacional del Menor, 2012, pág. 7). A través de esta oferta programática se cubre a un total de 139.230 niños, niñas y adolescentes a nivel nacional[2], de los cuales un 81,91% fueron atendidos/as en programas de protección de derechos, un 17,35% en programas de justicia juvenil y un 0,74% en programas de adopción (Servicio Nacional del Menor, 2012, pág. 203).

Contar con una única institución que vele por la protección de niñas y niños vulnerados en sus derechos al mismo tiempo que por la reinserción social de adolescentes que han infringido la ley penal, dificulta el cumplimiento de las funciones del SENAME, situación que fue planteada por el INDH en el Informe Anual 2011 (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 226).

En esta línea, el 2 de agosto del 2012 ingresó a la Cámara de Diputados el proyecto de ley que modifica la institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile[3], concretándose el compromiso asumido durante la campaña presidencial –y reiterado en los mensajes presidenciales de 21 de mayo de 2010 y 2011– de respetar, garantizar y proteger los derechos de niños y niñas a través de instituciones modernas[4].

2 Corresponde a la suma de los niños, niñas y adolescentes vigentes al 31 de diciembre de 2011 y los ingresados/as entre enero y junio 2012.

3 Mensaje Nº 31-360 (Boletín 8487-07), que suprime el actual Servicio Nacional de Menores, creando dos nuevos servicios de atención a la infancia y la adolescencia. A la fecha de redacción de este Informe, el proyecto se encontraba en primer trámite constitucional en el Congreso.

4 Para mayor información, consultar las siguientes referencias: Piñera (2009), Piñera (2010), Piñera (2011) y Piñera (2012).

Esta iniciativa legal busca suprimir el actual SENAME, canalizando sus facultades en dos servicios independientes: el Servicio Nacional de Protección de la Infancia y la Adolescencia y el Servicio Nacional de Responsabilidad Penal Adolescente.

El proyecto propone en su primer artículo la creación del Servicio Nacional de Protección de la Infancia y la Adolescencia, cuyas líneas de acción se orientarían a la protección de quienes hayan sido vulnerados en sus derechos, la administración del sistema de adopciones y el desarrollo de intervenciones focalizadas para la prevención de vulneraciones a los derechos de niños y niñas.

De naturaleza descentralizada, pero coordinándose con el Presidente de la República mediante el Ministerio de Desarrollo Social, el Servicio Nacional de Protección de la Infancia y la Adolescencia contaría con personalidad jurídica y patrimonio propio, sería encabezado por un/a Director/a Nacional seleccionado/a por Alta Dirección Pública, se financiaría a través del presupuesto nacional, ejecutaría sus tareas a través de Direcciones Regionales y contaría con la colaboración de un Consejo Consultivo.

Por su parte, el artículo segundo crea el Servicio Nacional de Responsabilidad Penal Adolescente, dependiente del Ministerio de Justicia, cuya misión sería coordinar el sistema de sanciones por infracciones a la ley penal establecido en la Ley 20.084 y contribuir a la reinserción social de los y las adolescentes. Descentralizado y de similares características institucionales que el Servicio Nacional de Protección de la Infancia y la Adolescencia, contaría además con un Consejo Nacional de Responsabilidad Penal Adolescente, de índole intersectorial, que –a partir de los lineamientos de la política nacional– elaboraría el Plan Estratégico Nacional para la Integración Social del Adolescente infractor de ley.

Las disposiciones restantes del proyecto de ley buscan regular la transición entre el SENAME y las instituciones que le sucederán, particularmente en materia presupuestaria y aspectos administrativos.

Veinte días después de ingresar al Congreso, el Bloque por la Infancia[5] divulgó una declaración pública con sus observaciones al proyecto, en la cual se hace un llamado al Poder Ejecutivo a no perseverar en el cambio de institucionalidad sin antes contar con una matriz legal "apegada a los principios de la Convención de los Derechos del Niño, desde la cual se organice un sistema de protección universal y especial, anclado en lo local y orientado a toda la infancia del país" (Bloque por la Infancia, 2012, pág. 1)[6]. Así, se instó a que se presente el proyecto consensuado en enero de 2012 con representantes del Ministerio de Desarrollo Social, Ministerio de Justicia y SENAME sobre protección integral de derechos de la niñez y adolescencia.

Además, en dicho documento las organizaciones sociales formularon críticas específicamente a las limitadas funciones y atribuciones con que se dotarían los nuevos servicios, los escasos mecanismos de coordinación con los Tribunales de Justicia, el énfasis en herramientas de gestión centralistas como los Planes Nacionales, la limitada autonomía del Comité Consultivo, entre otras características, que a su juicio "no evidencia[n] ninguna garantía real de superación de las falencias actualmente existentes" (Bloque por la Infancia, 2012, pág. 2).

Si bien la tramitación podría modificar el contenido del actual proyecto, de la lectura preliminar se puede afirmar que la iniciativa de reformar la institucionalidad de infancia es importante, pues aporta a solucionar una parte del problema que organismos internacionales de derechos humanos, de la sociedad civil chilena y representantes de la academia han venido advirtiendo[7].

5 El Bloque por la Infancia está conformado por: Campaña Movilizándonos por una Cultura Integral de Derechos, Red de ONG de Infancia y Juventud-Chile (RIOJ), Asociación Chilena Pro Naciones Unidas (ACHNU), Corporación de Servicios Poblacionales La Caleta, Corporación Programa de Atención a Niños y Jóvenes Chasqui, Fundación Marista por la Solidaridad Internacional (FMSI), Corporación ONG Raíces, Corporación Colectivo Sin Fronteras, Universidad Central-Clínica Jurídica de Derechos de la Infancia, Foro Chileno por los Derechos de la Infancia, Fundación para la Confianza, Protectora de la Infancia y Consejo de Defensa del Niño (CODENI).

6 La relevancia de este hecho radica no sólo en la cantidad de organizaciones que allí se encuentran representadas, sino que la mayoría son instituciones colaboradoras de SENAME en la ejecución de su oferta programática.

7 Para mayor información ver UNICEF. (2012). Nueva institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile (Aportes de la sociedad civil y del mundo académico). Serie de reflexiones Infancia y adolescencia, Nº13. Santiago, Chile.

Al respecto, UNICEF ha enfatizado la necesidad de "implementar una reforma del sistema de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes que supere la desarticulación existente actualmente en la materia, en especial, a nivel local, y la fragmentación de las políticas públicas referidas a ellos" (UNICEF, 2012, pág. 50).

Focalizar los esfuerzos estatales en dos institucionalidades distintas que puedan responder especializadamente a problemáticas tan diferentes como el tratamiento de niños/as y adolescentes vulnerados en sus derechos por un lado, y los casos de los niños/as y adolescentes que infringen la ley por el otro, permite delimitar el campo de acción de las instituciones y profundizar en aquello que cada una sabe hacer.

Por último, dotar a los servicios de un carácter descentralizado y acompañar su quehacer con un Consejo Consultivo de composición heterogénea también constituiría un avance, principalmente porque reconocería un espacio para dialogar con un abanico diverso de actores al construir soluciones para las problemáticas locales.

Así, más allá de la discusión de este proyecto particular, el Estado debe abordar la cuestión de los derechos de niños, niñas y adolescentes de forma integral, e implementar políticas con recursos suficientes que garanticen los derechos de infancia que, hasta el momento, no son desarrolladas por ninguna institución pública del país.

BIBLIOGRAFÍA

Bloque por la Infancia. (22 de agosto de 2012). *El Bloque por la Infancia y la división del SENAME.* Recuperado el 27 de agosto de 2012, de ACHNU: http://www.achnu.cl/wp-content/uploads/2012/08/EL-BLOQUE-POR-LA-INFANCIA-Y-LA-DIVISI%C3%93N-DEL-SENAME.pdf

Cámara de Diputados. (10 de abril de 2009). *Informe de la Comisión Especial Investigadora sobre SENAME.* Obtenido de http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=100&prmTIPO=INVESTIGAFIN

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011). *Informe Anual 2011 Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago, Chile.

Piñera, S. (2009). *Programa de gobierno para el cambio. El futuro y la esperanza 2010-2014.* Obtenido de SEGPRES: http://www.minsegpres.gob.cl/wp-content/uploads/2011/01/Programa_de_Gobierno_2010.pdf

Piñera, S. (21 de mayo de 2010). *Del Chile del bicentenario al país de las oportunidades. Mensaje a la Nación de S.E. el Presidente de la República Don Sebastián Piñera Echenique.* Obtenido de Gobierno de Chile: http://www.gob.cl/media/2010/05/Mensaje-presidencial-21-de-mayo.pdf

Piñera, S. (21 de mayo de 2011). *Construyendo una sociedad de seguridades, oportunidades y valores. Mensaje a la Nación de S.E. el Presidente de la República Don Sebastián Piñera Echenique.* Obtenido de Gobierno de Chile: http://www.gob.cl/media/2011/05/Mensaje-Presidencial-21-de-Mayo-2011.pdf

Piñera, S. (21 de mayo de 2012). *Chile cumple y avanza hacia el desarrollo. Mensaje a la Nación de S.E. el Presidente de la República Don Sebastián Piñera Echenique.* Obtenido de Gobierno de Chile: http://www.gob.cl/media/2012/05/Mensaje-Presidencial_2012_OK.pdf

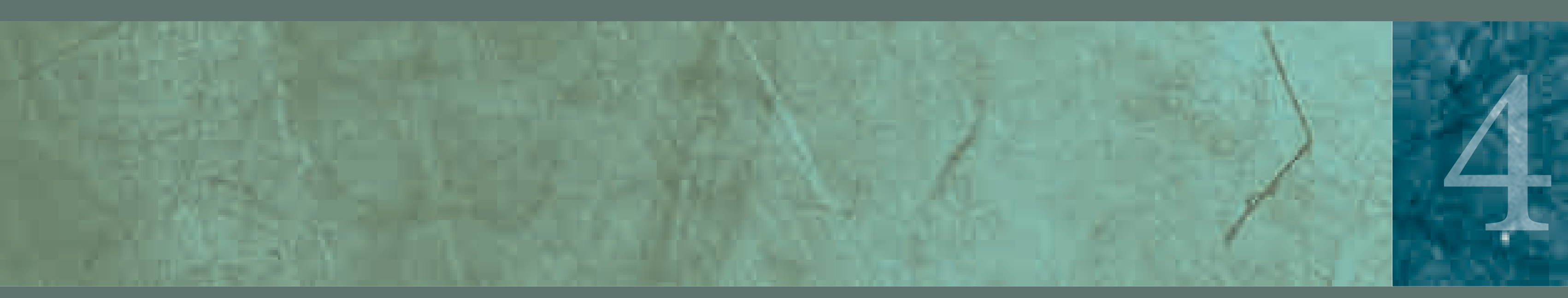
Poblete, J., & Pérez, E. (14 de mayo de 2012). Se duplican hogares cerrados por el Sename debido a deficiencias en su funcionamiento. *La Tercera,* pág. 8. Obtenido de La Tercera.

Senado. (22 de agosto de 2011). *Preocupación por precaria situación de centros del Sename en Santiago y Valparaíso.* Obtenido de Departamento de Prensa Senado: http://www.senado.cl/prontus_galeria_noticias/site/artic/20110822/pags/20110822152517.html

Servicio Nacional del Menor. (2012). *Boletín Estadístico Nacional. Segundo trimestre 2012.* Recuperado el 5 de septiembre de 2012, de SENAME: http://www.sename.cl/wsename/otros/bestnacionales/2012/2/Boletin_201206_Nacional.pdf

UNICEF. (2012). *Nueva institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile. Aportes de la sociedad civil y del mundo académico.* Obtenido de UNICEF: http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/363/WD%2013%20Ciclo%20Debates%20WEB.pdf

Ejercicio de derechos sin discriminación



1. Derechos de las mujeres
2. Derechos de las personas privadas de libertad
3. Derechos de las personas migrantes y víctimas de trata
4. Derechos de las personas adultas mayores
5. Derechos de las personas con discapacidad

INTRODUCCIÓN

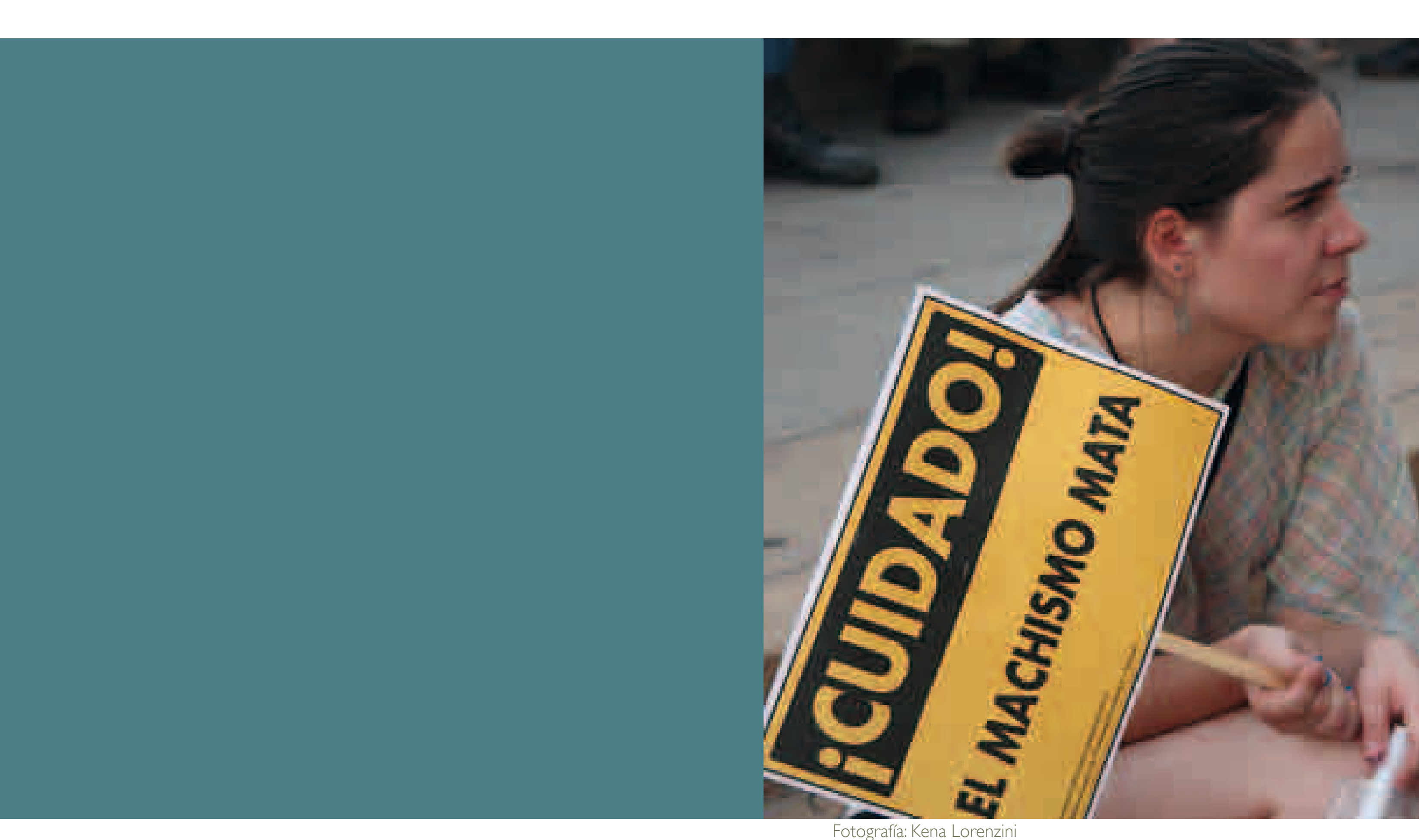
La promoción, garantía y protección del derecho a la igualdad y a la no discriminación es un pilar del derecho internacional de los derechos humanos y ha sido recogida de manera expresa por diversos tratados. Esta preocupación internacional se explica principalmente en la medida en que la discriminación constituye uno de los problemas que aquejan a las sociedades democráticas, porque impide de modo arbitrario el ejercicio de derechos en igualdad o no los reconoce de manera universal a todas las personas. Así, la discriminación conlleva a una afectación de la igualdad entre las personas, presupuesto esencial en una democracia.

El INDH, en sus Informes Anuales 2010 y 2011, ha manifestado su preocupación en relación con la discriminación, planteando diversas recomendaciones al Estado para erradicarla. Siguiendo ese trabajo, el Informe Anual 2012 presenta un capítulo específico sobre el ejercicio de derechos sin discriminación.

Por primera vez el Informe Anual trata los derechos de las mujeres, si bien en años anteriores se abordaron algunos aspectos específicos en la materia. En esta oportunidad se hace hincapié en las desiguales condiciones para participar en la vida política del país, se releva con preocupación la violencia sexual hacia las niñas y las tensiones existentes en el acceso a la justicia por parte de mujeres indígenas en casos de violencia por parte de sus parejas. A continuación, el capítulo sobre derechos de las personas privadas de libertad recalca que, pese a algunas medidas adoptadas por el gobierno y el Congreso, el hacinamiento sigue constituyendo una grave violación a los derechos humanos, lo que afecta el ejercicio de un conjunto de derechos. Entre otros temas, este acápite releva aspectos discriminatorios en materia del derecho a sufragio y los problemas persistentes en materia penal adolescente. Los derechos de las personas migrantes y víctimas de trata también han sido objeto de preocupación para el INDH. El capítulo constata la necesidad de contar con una nueva política migratoria acorde a las características actuales del país y a los estándares de derechos humanos en la materia, así como los problemas en la garantía de algunos derechos. Adicionalmente, se abordan los desafíos existentes por combatir el crimen de trata de personas. El capítulo continúa analizando los derechos de las personas adultas mayores, donde junto con abordar la situación normativa e institucional, el INDH releva la precaria situación de los Establecimientos de Larga Estadía de Adultos Mayores (ELEAM) en el país. Finalmente, el capítulo termina revisando los derechos de las personas con discapacidad y la afectación de sus derechos concentrada en cómo la discapacidad es un obstáculo para el ejercicio de derechos, especialmente en ámbitos como la salud y el trabajo.

1

DERECHOS DE LAS MUJERES



Fotografía: Kena Lorenzini



1

DERECHOS DE LAS MUJERES

En materia de derechos humanos de las mujeres, la acción del Estado en las últimas décadas –en el ámbito legislativo y de la política pública– ha permitido superar déficits importantes de reconocimiento y ejercicio. La igualdad entre mujeres y hombres se consagró en la Constitución en 1999, y en la legislación se han adoptado normas específicas que protegen su integridad y dignidad, y sus derechos laborales, relativos a la salud y a la vida familiar, entre otros. En la política pública, la adopción de planes de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres desde 1994 en adelante ha sido una herramienta eficaz para garantizar un esfuerzo sostenido dirigido a superar la discriminación y atender las desigualdades estructurales que las afectan.

Sin embargo, tanto en ámbitos de la vida pública como privada, persisten situaciones estructurales de discriminación y de vulneración de derechos. En octubre de este año, el Estado presentó su informe de cumplimiento al Comité de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación a la Mujer (CEDAW) correspondiente al período 2006-2010. El INDH puso a disposición del Comité un informe alternativo al del Estado (INDH, 2012), y varias ONG elaboraron informes sombra, los cuales dieron cuenta de los principales desafíos que tiene Chile en particular en relación con materias que afectan a grupos específicos, entre estos, las mujeres mapuche, las que viven con VIH/SIDA, aquellas de orientación sexual e identidades de género diversas, migrantes, privadas de libertad y mujeres con discapacidades, entre otras[1]. El Comité planteó al Estado su preocupación por la persistencia de estereotipos sobre roles y responsabilidades de género, la ausencia de medidas especiales de carácter temporal para la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres, las dificultades que enfrentan las mujeres para acceder a la justicia en casos de violencia dentro y fuera de la familia, su baja participación en la vida política y pública y en el mercado laboral, la brecha salarial y en las pensiones entre hombres y mujeres, entre otros aspectos[2]. Por su parte, el informe sobre las brechas de género 2012 producido por el Foro Económico Mundial muestra que Chile cayó del lugar 46 al 87 entre 135 países en razón de las diferencias en la participación laboral, los niveles salariales y la participación política entre hombres y mujeres (Foro Económico Mundial, 2012).

Durante 2012 la situación de los derechos humanos de las mujeres ha reportado avances, sin perjuicio de hechos que develan campos en donde el Estado está aun en mora de dar cumplimiento a sus obligaciones. Estos refieren al ejercicio de derechos políticos, a una vida libre de violencia y de acceso a la justicia.

Con ocasión de la realización de las elecciones municipales, el INDH revisa en este informe el ejercicio de los derechos políticos por parte de las mujeres, en particular, la posibilidad real de ser elegidas a cargos de alcaldesas y concejalas, en el contexto de un marco legislativo que omite medidas especiales que faciliten iguales posibilidades de representación a ambos sexos. De igual manera, durante 2012 se ha conocido un número importante de denuncias de violencia

1 Presentaron informes sombra el Centro de Derechos Reproductivos, Corporación Humanas, Articulación Feminista por la Libertad de Decidir, Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad, entre otras. Los documentos están disponibles en http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/cedaws53.htm

2 Comité CEDAW, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Chile, CEDAW/C/CHL/CO/5-6, 16 de octubre de 2012.

sexual contra niñas y niños en jardines infantiles, colegios y comisarías, con lo cual se ha colocado en el debate público la necesidad de respuestas institucionales adecuadas a un fenómeno cuya magnitud no ha sido hasta ahora reconocido. En el marco de esta grave vulneración de los derechos a la integridad y la seguridad de esta población, el INDH examina la realidad de las niñas, muchas veces invisible cuando revisa los derechos de las mujeres. Finalmente, se aborda aquí el desafío de interpretación de los derechos de las mujeres indígenas a la luz del Convenio 169 de la OIT, en el contexto del acceso a la justicia en situaciones de violencia intrafamiliar.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIAS DE DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

La discriminación y vulneración de los derechos humanos de las mujeres han sido materia de preocupación especial de la comunidad internacional y regional desde los años setenta en adelante. Además de varias cumbres mundiales y la implementación de sus planes de acción, se han adoptado tratados que establecen obligaciones específicas a los Estados en sus deberes de protección, respeto y garantía de los derechos de las mujeres, como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación a la Mujer (CEDAW, 1979) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Convención Belén do Pará, 1994).

En materia de derechos políticos, la CEDAW establece la obligación de los Estados de tomar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación en la vida política y garantizar –en igualdad de condiciones con los hombres– el derecho a votar y "ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas" (art. 7 a.). Junto con la igualdad jurídica, esta garantía requiere la eliminación de las barreras que desde los discursos y prácticas institucionales, políticas, sociales y culturales vulneran la igualdad sustancial entre hombres y mujeres, en este caso, en su derecho a ser elegibles. El Comité de la CEDAW ha señalado que este derecho se debe poder ejercer tanto *de jure* como *de facto* por lo cual, además de las reformas legales, insta a los Estados a adoptar las medidas especiales temporales contenidas en la Convención (art. 4) para "acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil, o en cualquier otro ámbito. El Comité considera la aplicación de estas medidas no como excepción a la regla de no discriminación, sino como forma de subrayar que las medidas especiales de carácter temporal son parte de una estrategia necesaria de los Estados Parte para lograr la igualdad sustantiva o *de facto* de la mujer y el hombre en el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales"[3].

El grado de incorporación de las mujeres al campo de la política es indicativo de la profundidad de la democracia alcanzada por una sociedad. Así lo ha entendido la comunidad internacional y regional de derechos humanos, tal como se expresa en resoluciones de asambleas generales, declaraciones y planes de acción de cumbres mundiales, observaciones generales de los órganos de tratado, e informes de relatoras y relatores[4]. El Comité de la CEDAW ha señalado que "[e]l concepto de democracia tendrá significación real y dinámica, además de un efecto perdurable, sólo cuando hombres y mujeres compartan la adopción de decisiones políticas y cuando los intereses de ambos se tengan en cuenta por igual"[5]. Desde este estándar, insta a los Estados a revisar sus sistemas electorales porque advierte que la forma en que están estructurados incide en la igualdad del ejercicio del derecho a la participación política, y esto se refleja en la proporción de mujeres elegidas. El Comité exhorta a los partidos políticos a "adoptar los principios de igualdad de oportunidades y democracia e intentar lograr un equilibrio entre el número de candidatos y candidatas"[6]. A pesar de los estándares establecidos por los tratados de derechos humanos, la presencia de mujeres en cargos de representación

3 Comité CEDAW, Recomendación general No. 25 sobre el párrafo 1 del artículo 4, 2004, párr. 18.

4 Entre estos, la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995), la recomendación aprobada por el Consejo de la Unión Europea sobre la participación igualitaria de hombres y mujeres en el proceso de adopción de decisiones. A nivel regional, la Convención interamericana sobre concesión de derechos políticos a la mujer (1948), y el informe de la Relatoría sobre derechos de la mujer de la Comisión INDH: "El camino hacia una democracia sustantiva: la participación política de las mujeres en las Américas", 2011.

5 Comité CEDAW, Recomendación General Nº 23, párr. 14.

6 Ibídem, párr. 22.

política es aún muy baja: 10% de las presidencias nacionales y 19,5% de los Parlamentos (ONU Mujeres, 2011).

Por su parte, la violencia contra las mujeres es considerada como una forma de discriminación que impide gravemente el goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre. Se entiende por tal "la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad"[7]. La violencia sexual es una manifestación específica de la violencia de género cuando es expresión de poder y control sobre el cuerpo y la sexualidad de las mujeres. Radhika Coomaraswamy, relatora sobre violencia contra las mujeres de Naciones Unidas, señala que "como una expresión de la violencia contra la mujer, la violación y la violencia sexual, incluido el acoso sexual, son fenómenos universales que existen en todos los países y culturas, que se emplean como armas para degradar y aterrorizar a la mujer. Todas las formas de violencia sexual contra la mujer son métodos empleados para su sometimiento mediante el control de su sexualidad por la violencia, el miedo y la intimidación" (Coomaraswamy, 1997).

La Organización Mundial de la Salud define la violencia sexual como "todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo" (OMS, 2002). La OMS, la relatora sobre la violencia contra las mujeres y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, entre otros, incluyen entre sus manifestaciones la violación, el incesto, el acoso y hostigamiento sexual, el uso de las mujeres en la pornografía, la explotación sexual, la esterilización o la maternidad forzada, la mutilación genital, la trata de mujeres con fines de explotación sexual y la prostitución forzada, la desnudez forzada, los manoseos y las tocaciones, los insultos y las agresiones verbales de carácter sexual, entre otras. Muchos de estos actos son de ocurrencia cotidiana en la vida de las niñas y las mujeres, tanto en los espacios públicos como privados, y en forma independiente de la condición social. Así lo han demostrado estudios nacionales e internacionales de las organizaciones de mujeres, y ha sido documentado por la relatora en sus informes[8].

A pesar de la recurrencia de la violencia sexual en la vida de las mujeres, los índices de denuncia y sanción de estas conductas son bajos[9]. La Comisión IDH ha constatado "un subregistro alto y una falta de denuncia de incidentes de violencia sexual, porque las víctimas temen la estigmatización por parte de sus comunidades y acciones de represalia por parte del agresor. Desconfían de que el sistema de justicia les pueda ofrecer un remedio pronto y efectivo. Sienten miedo de recibir un tratamiento discriminatorio por parte de instancias judiciales al denunciar los hechos" (Comisión IDH, 2007). En el caso de las niñas, razones importantes para guardar silencio son la intimidación y amenazas hechas por los agresores y la poca credibilidad que culturalmente tiene su palabra para las personas adultas.

Finalmente, respecto del acceso a la justicia de las mujeres indígenas, el Convenio 169 de la OIT indica que "al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario deberán establecerse procedimientos que puedan surgir en aplicación de este principio" (art. 8).

7 Comité de la CEDAW, Recomendación General Nº 19, 1992, párr. 6.

8 Entre estos se puede consultar: Comisión IDH (2011): Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63. UNFPA (2011): Estrategia Regional de UNFPA para América Latina y el Caribe para la Prevención y el Abordaje de la Violencia Sexual contra las Mujeres 2011-2013.

9 Los datos sobre el rango de denuncias en relación con los hechos ocurridos varía. Iniciativa de Investigación en Violencia Sexual (SVRI) en un análisis de datos secundarios sobre violencia sexual señala lo siguiente: "Algunos estudios en LAC han tratado de calcular el porcentaje de víctimas que denuncian casos de violencia sexual a las autoridades o que buscan otros tipos de ayuda y atención profesional. Los niveles de declaración varían según la población estudiada, el entorno, la metodología utilizada, las características del incidente, el tipo de servicio y otros factores. En general, se estima que en la región, sólo un 5% de las víctimas adultas de violencia sexual denuncian el suceso a la policía" (Contreras, Bott, Guedes, & Dartnall, 2010).

Por su parte, la Convención Belém do Pará sobre violencia contra las mujeres exige a los Estados dar especial atención a la "situación de vulnerabilidad a la violencia que puedan sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, [...]" (art. 9). Estos estándares determinan que, en los casos de violencia contra las mujeres indígenas, el acceso a la justicia implica, por un lado, el acceso a la justicia del Estado y por otro, el reconocimiento de las normas de justicia indígena, sobre la condición *sine qua non* que ambos sistemas deben ser compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (Comisión IDH, 2007).

La Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) indica que es obligación de los Estados "actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer" (art. 7 a) y consigna que se debe tener especialmente en cuenta "la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada" (art. 9). Por su parte, la Corte IDH señaló en su sentencia en el caso "Campo Algodonero", que "los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia"[10].

En su Informe Anual 2011, el INDH dio cuenta de los problemas que aquejan a las mujeres indígenas para acceder a la justicia y revisó la situación de Gabriela Blas, condenada a 12 años de presidio por el abandono de su hijo con resultado de muerte. Su realidad es paradigmática de la particular vulnerabilidad a la que están expuestas las jóvenes de precarias condiciones de vida ante situaciones de discriminación por género y etnia. En mayo de 2012, el Presidente de la República otorgó un indulto parcial a Blas –rebajó en seis años su condena– con lo cual recobró su libertad. Sin perjuicio de este importante avance, las dificultades de interpretación de los derechos de las mujeres indígenas a la luz del Convenio 169 de la OIT configuran un escenario complejo de acceso a la justicia en situaciones de violencia intrafamiliar.

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas no puede dar lugar a relativizar la violación a los derechos humanos que constituye la violencia contra las mujeres, sea cuales fueran los contextos culturales en que esta se produce. Algunos estudios en Latinoamérica han mostrado que el derecho indígena no necesariamente considera la violencia contra la mujer en el ámbito intrafamiliar como una conducta sancionable y, en caso de sanciones, estas se aplican cautelando el vínculo familiar por sobre el resguardo de la dignidad de las mujeres (Instituto de Defensa Legal; Fundación Debido Proceso Legal, 2008). Por otro lado, en la justicia del Estado, a las debilidades estructurales y las deficiencias institucionales, las mujeres indígenas deben agregar las percepciones racistas y actitudes discriminatorias de muchos funcionarios del sistema judicial (Sieder & Sierra, 2011).

DERECHOS POLÍTICOS: EL DERECHO A SER ELEGIDAS

La Constitución Política de República declara que "[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (art. 1), y asegura "la igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados [...] Hombres y mujeres son iguales ante la ley", y "la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos" (art. 19.2 y art. 19.3). Sin embargo, la plena participación de las mujeres en el espacio de la política es deficitaria en Chile, tanto en el Poder Ejecutivo como en el Parlamento y en los municipios[11]. En el primero, desde

10 Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*).

11 En este acápite no se aborda la presencia de las mujeres en altos cargos en empresas. Vale la pena señalar, sin embargo, que los índices son bajos: el promedio de participación femenina en altos cargos directivos en las principales empresas privadas en América Latina es 28%, mientras que Chile alcanza un 24%, es decir bajo el promedio regional (Pizarro & Guerra, 2010).

la recuperación de la democracia, el número de ministras aumentó muy lentamente hasta el gobierno de Michelle Bachelet, la que instaló un primer gabinete paritario, dando cuenta con ello de la importancia de la voluntad política para lograr avances sustantivos en la participación política de las mujeres y su acceso a los espacios de toma de decisiones[12].

Aun cuando las mujeres componen el 52% del padrón electoral[13], su representación en los cargos de elección popular alcanza un promedio de 13,7%, muy por debajo del 26% que registran los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (SERNAM, 2012). En las últimas elecciones parlamentarias fueron elegidas cinco senadoras de un total de 38 (13%) y 17 diputadas de 120 (14%). En el año 2010, solo 12,5% de las alcaldías y 23,8% de las concejalías estaban en manos de mujeres.

Estos rangos de representación han ido aumentando lentamente desde los años noventa a la fecha, pero aún están lejos de significar un avance sustancial en el horizonte de la paridad entre hombres y mujeres en cargos de elección popular[14]. Los resultados de las candidaturas para las elecciones municipales de este año muestran que esta situación se reitera: el total de candidatas a alcaldesas disminuyó de 17,5% en 2008 a 14,4% en 2012[15]; las candidatas a concejalas reportaron un leve aumento de 25,3% a 26%. Persiste la tendencia de los últimos 20 años: las candidaturas a cargos de elección municipal siguen protagonizadas en un 80% por hombres. Los resultados mostraron un triunfo de mujeres en alcaldías emblemáticas de Santiago y, en general, un aumento de su elección: una de cada cuatro candidatas a alcaldesas fue elegida (25,88%), frente a una de cada cinco en las municipales de 2008 (23.24%) (ComunidadMujer, 2012). Lo mismo ocurre con las concejalas: 21,5% fueron elegidas, proporción levemente mayor al 20,6% de la contienda pasada. El número de alcaldesas se mantuvo igual y las concejalas pasaron de 493 a 553 (Corporación Humanas, 2012).

Los obstáculos a la participación política de las mujeres y a hacer efectivo su derecho a ser elegibles en las contiendas electorales son múltiples. Estos tienen relación con aspectos: i) estructurales, de orden socioeconómico como las desigualdades en el mercado laboral y la brecha salarial, o las diferencias en los niveles de escolaridad; ii) culturales e ideológicos, que se asientan en la división de roles entre hombres y mujeres; iii) político-institucionales, que tienen directa correspondencia con las formas en que se organizan los partidos políticos y los sistemas electorales (Ríos, 2008). Chile es un país que no garantiza adecuadamente derechos y posibilidades iguales a mujeres y a hombres, lo que se refleja en los ámbitos públicos, comunitarios y privados, y en el de la política. Los aspectos estructurales parecieran incidir en forma indirecta dado que su escasa presencia es independiente de su condición socioeconómica y nivel educativo (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012). En la dimensión cultural e ideológica, se señalan como factores disuasivos el hecho que la política ha sido un ámbito en el que históricamente han tenido preeminencia los hombres, a lo que se agrega que las responsabilidades domésticas culturalmente asignadas a las mujeres hacen difícil equilibrar vidas familiares y responsabilidades políticas (Corporación Humanas, 2005).

En la dimensión político-institucional se concentran obstáculos que sería posible resolver con voluntad política de sus actores. Los partidos políticos en Chile, a pesar de las resoluciones de sus congresos ideológicos, muestran poco compromiso con la promoción de las militantes a cargos de decisión partidaria y candidaturas (Corporación Humanas, 2011). La información del Servicio Electoral revela que las mujeres constituyen 51,9% de la afiliación a los partidos políticos (SERVEL, 2010) y, sin embargo, en los 17 partidos

12 Durante el gobierno de Ricardo Lagos, las ministras representaron el 23,7% del gabinete; bajo la presidencia de Michelle Bachelet, la participación se incrementó a 46,7%; durante el gobierno de Sebastián Piñera, las ministras representan 27,3% del gabinete. Cepal, Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe.

13 El 31 de enero de 2012 comenzó a regir la Ley Nº 20.568 que regula la inscripción automática, modifica el Servicio Electoral y moderniza el sistema de votaciones. El nuevo padrón electoral aumenta en 30% el número de personas que votan; alrededor de 2,5 millones son mujeres. Disponible en la página Web del SERVEL.

14 La proporción de senadoras subió de 7% a 13% y la de diputadas de 5% a 14% entre 1994 y 2010.

15 El Instituto de Ciencias Sociales de la UDP analizó la composición de estas candidaturas por pacto electoral y partido político y concluye: "Al mirar a partidos e independientes de lista, la mayor porción de mujeres va como independiente en el pacto de la Coalición. Estos independientes totalizan 83, 19 de ellos son mujeres. Le sigue la UDI con el 22% de mujeres, el PPD con 18%, los independientes del pacto Chile Justo con 17,6% y el PS con 17,1%. Los partidos con menos porción de mujeres son el PRSD (3,7%) y el PRO (8,7%)". Puzzle electoral: el perfil de los candidatos. Observatorio Político Electoral, ICSO-UDP.

inscritos a las elecciones municipales de 2012 solo hay dos presidentas y dos secretarias generales[16]. Solo tres partidos –PS, PPD, DC– tienen establecido en sus estatutos el mecanismo de cuota para promover las candidaturas de mujeres; sin embargo, estos porcentajes no se garantizan en las listas finales que se someten a procesos de primarias o en las negociaciones al interior del pacto electoral[17]. En las seis últimas elecciones parlamentarias –entre 1989 y 2009– los partidos políticos presentaron 90% de candidatos y 10% de candidatas (ComunidadMujer, 2012).

A los obstáculos para el acceso de las mujeres a los procesos de nominación, de campaña y de financiamiento de las mismas, se agrega el alto grado de reelección que marcan las contiendas electorales. En las elecciones municipales de este año, 83,8% del total de 1.181 candidatos/as fue a reelección (ICSO Observatorio Político Electoral, 2012).

Lo paradójico es que las dificultades para promocionar las candidaturas de mujeres se contradicen con el creciente aumento de sus niveles de elegibilidad –es decir, de la relación positiva entre número de mujeres candidatas y número de mujeres electas– y de su aporte en porcentaje de votación a sus respectivos partidos y alianzas políticas independientemente de que sean o no elegidas[18]. Se agrega que en las encuestas de opinión pública, la ciudadanía de manera mayoritaria –en rangos superiores al 70%– valora la presencia de las mujeres en política[19].

El sistema electoral binominal[20] que se aplica a las elecciones parlamentarias en Chile constituye un obstáculo objetivo a la participación y elección de las mujeres. En efecto, ante las pocas opciones de presentar candidaturas que otorga el sistema, los partidos seleccionan candidatos ya testeados ("seguros"), los que mayoritariamente son hombres; de hecho, 90,3% de las candidaturas presentadas por los partidos al electorado entre 1989 y 2005 han sido de hombres (IDEA & Flacso, 2006). Esto provoca, además, altas tasas de reelección, lo cual dificulta el ingreso de nuevas candidaturas, entre ellas, de las mujeres. El Comité de la CEDAW reiteradamente ha instado al Estado a intensificar "sus esfuerzos encaminados a reformar el sistema electoral binominal, que es desfavorable para la representación política de la mujer, y a que adopte medidas, en particular medidas especiales de carácter temporal, destinadas a acelerar la igualdad de facto entre la mujer y el hombre a fin de incrementar la participación de la mujer en la vida política, particularmente en el Parlamento y los municipios"[21].

En el parlamento reposan algunas propuestas de reforma al sistema binominal. En la medida en que este debate avance, es importante incorporar el análisis de los sistemas de elecciones que permiten mayores niveles de inclusión y participación de sectores hasta ahora excluidos. Si bien no es el único aspecto a considerar, es importante tener en cuenta que existe evidencia internacional que muestra que los sistemas de representación proporcional favorecen la elección de mujeres en mayor medida que los sistemas mayoritarios. Un estudio realizado en 53 países indica que en aquellos con un sistema proporcional, las mujeres constituyen el 20% del total de elegidos/as; esta proporción baja a 15% en los sistemas mixtos y a 11% en los mayoritarios[22].

Sin perjuicio de lo anterior, difícilmente se avanzará en aumentar la representación política de las mujeres sin la adopción de medidas afirmativas que permitan concretar una igualdad de oportunidades. La experiencia latinoamericana –al igual que la mundial– muestra que los países que incorporaron el mecanismo de las cuotas en las elecciones legislativas presentan un promedio de representación femenina de 20,3%, en contraposición al 13,7% que presentan aquellos que carecen de dicho mecanismo (Corporación Humanas, 2005). En el Parlamento se ha debatido la posibi-

16 Las presidentas son de los partidos Verde del Norte y Fuerza del Norte; las secretarías generales son del los partidos Humanista e Izquierda Cristiana.

17 En las primarias municipales de la Concertación para elegir sus candidatos/as a alcalde/za, de 336 participantes, sólo 53 eran mujeres (15,8%) y fueron elegidas 21, que corresponden al 15,3% del total.

18 Estudios de la Corporación Humanas y de Comunidad Mujer han demostrado esta tendencia.

19 73% según el estudio de opinión Auditoria a la Democracia. PNUD-CEP-LyD, Cieplan y Proyectamérica – Encuesta ComunidadMujer, diciembre 2011.

20 Es una variante de los sistemas proporcionales que establece la elección de dos representantes por circunscripción. De manera específica, el punto de corte que un partido debe alcanzar para obtener al menos un escaño es el 33,4% de los votos, mientras que para lograr los dos escaños necesita obtener el 66,7%.

21 Así lo expresó en 2006 (CEDAW/C/CHI/CO/4, párr. 14) y lo ha reiterado en 2012 (CEDAW/C/CHL/CO/5-6, párr. 24).

22 Pippa Norris (2006) "The impact of Electoral Reform on Women´s Representation", Acta Política. Julio 2006, Volumen 41, Número 2. Citado en (ComunidadMujer, 2012).

lidad de adoptar este tipo de acciones, sin que hasta ahora haya voluntad política suficiente[23]. Durante 2012 hubo dos hechos que cerraron en el corto plazo esta posibilidad: la Ley Antidiscriminación fue aprobada sin la inclusión de este tipo de medidas[24] y, en el debate del proyecto el Sistema de Elecciones Primarias para la nominación de candidatos a Presidente de la República, Parlamentarios y Alcaldes (Boletín Nº 7911-06), fue rechazada una moción parlamentaria dirigida a establecer cuotas para candidatas en cada uno de los partidos políticos.

Entre las metas del plan de Igualdad de Oportunidades 2010-2020 elaborado por SERNAM se incluye el incentivo a la participación política de las mujeres, con el fin de incrementar al menos 50% su presencia en los cargos de elección popular y la eliminación de las barreras que dificultan el acceso balanceado de hombres y mujeres a las oportunidades de participación. La Ministra de dicho servicio y el Ministro Secretario General de la Presidencia anunciaron en diciembre de 2011 –y reiteraron en abril de 2012– la intención del gobierno de presentar un proyecto de ley de cuotas e incentivos económicos a las candidaturas de mujeres (La Tercera, 2011). Este compromiso no se ha concretado.

DERECHO DE LAS NIÑAS A UNA VIDA SIN VIOLENCIA SEXUAL

La violencia sexual contra las niñas y las jóvenes es un hecho de ocurrencia cotidiana, en espacios familiares y privados, comunitarios e institucionales. Durante los últimos años, y en particular en el transcurso de 2012, la ciudadanía ha conocido hechos que involucran a personas que forman parte del entorno inmediato de las víctimas –incluido el familiar–, o de personas investidas de un deber de cuidado hacia la comunidad como carabineros/as, profesores/as y religiosos.

Se estima que en el mundo occidental una de cada tres niñas y uno de cada siete niños sufren de abusos sexuales antes de cumplir los 18 años (Unicef & ICSO-UDP, 2006), y aunque el número de denuncias ha aumentado, representan una proporción menor a los hechos ocurridos. Un reciente estudio sobre la violencia sexual contra niños y niñas en Brasil, Paraguay y Chile muestra que, en el caso del país, entre el 70% y 75% de las agresiones no son reportadas (Navarro, 2012). Se confirman hallazgos como el hecho que los agresores son mayoritariamente personas conocidas (89%), principalmente del ámbito familiar de la víctima, y un tercio corresponde a la figura que ocupa el rol paterno[25]. El estudio estima que en Chile hay una víctima infantil de agresión sexual cada 30 minutos.

Existe también una relación entre el femicidio de niñas y la violencia sexual; en el transcurso del año se han reportado dos casos de niñas de ocho años, ambos cometidos por vecinos que primero las violaron y luego las asesinaron[26]. Otra dimensión poco visibilizada de la violencia, y de la violencia sexual en particular, dice relación con aquella que ocurre en las relaciones de pololeo o entre pares. Una investigación de la Corporación Domos realizada con mujeres jóvenes entre 15 y 29 años que hubiesen vivido o se encontraran viviendo alguna forma de violencia de parte de sus parejas varones, mostró que una de cada tres encuestadas señaló haber vivido violencia sexual en estas relaciones (Domos, 2010).

Existe dificultad, sin embargo, para establecer un diagnóstico sobre la magnitud de la violencia sexual por la ausencia de estudios sistemáticos y de un sistema de registro integrado a nivel público.

23 Boletín Nº 3020-06, "Proyecto que establece discriminación positiva a favor de las mujeres y modifica las Leyes 18.700 y 18.695", presentado el 6 de agosto de 2002, por el diputado Fulvio Rossi y otros/as; Boletín Nº 3206 -18, "Proyecto de Ley que modifica diversos cuerpos legales con el objeto de promover el derecho de las mujeres a participar en la vida pública nacional", presentado el 13 de marzo de 2003 por la diputada Adriana Muñoz y otras/os (reposición al proyecto presentado en 1997-Boletín 1994_07-archivado); Boletín Nº 5553-06, proyecto de ley que establece política equilibrada de hombres y mujeres en el acceso y ejercicio de cargos de elección popular, ingresado en diciembre 2007

24 Ver capítulo sobre Institucionalidad Democrática en este informe.

25 La División de Seguridad Ciudadana del Ministerio del Interior en el año 2002 dio a conocer un estudio que halló que el 71% de las agresiones son planificadas y muchas ocurren en el hogar de la víctima (Morales, 2002). Realidad similar constató una investigación sobre maltrato infantil y abuso sexual en Chile realizada por UNICEF donde se estimó que en agresiones sexuales cometidas por no familiares, por cada caso conocido existen otros tres o cinco que no son reportados; cuando el agresor es un integrante de la familia, la relación entre reportados y estimados pasa de uno a diez (Larraín & Traversa, 2001).

26 Registro de femicidios 2012 de la Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual.

En Chile, durante 2011 ingresaron a la Fiscalía 21.176 causas por delitos sexuales; de ellas, 72,5% corresponde a delitos contra menores de 18 años (Ministerio Público, 2012). Por su parte, SENAME informó que en el primer semestre de 2012 ha recibido 4.147 denuncias por abuso sexual infantil y el ingreso a programa para víctimas de abuso aumentó 35% respecto de años anteriores[27].

Las estadísticas muestran que la violencia sexual tiene una direccionalidad de género. UNICEF indica que las mujeres sufren abuso sexual entre 1,5 y 3 veces más que los hombres (Unicef, 2011). En Chile, los índices varían según las instituciones que los producen, pero la tendencia es la misma en todos: la Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual denuncia que 81% de las víctimas de violencia sexual son niñas (Red chilena contra la violencia doméstica y sexual, 2012), y Navarro establece que entre 68%-73% de los hechos de violencia afectan a las niñas (Navarro, 2012). Su número es también mayor en las dependencias estatales que protegen y atienden a la infancia y adolescencia víctima de delitos sexuales: de los ingresos de niños y niñas a SENAME por causa de violencia sexual entre enero de 2010 y julio de este año, 72,5% son niñas[28]. Por su parte, la PDI reporta que, durante 2012, a los Centros de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS) han ingresado 127 personas a su programa de reparación; 96 de estas son mujeres, y 50 de ellas menores de 18 años.

También se verifica que la mayoría de los agresores son hombres. Así lo indican las estadísticas de Carabineros de Chile, donde éstos representan sobre el 90% de las personas denunciadas (Unicef & ICSO-UDP, 2006). En ese mismo sentido, la guía clínica de atención al abuso sexual en niñas, niños y adolescentes del Ministerio de Salud indica que "si bien el abuso sexual es ejercido, tanto en contra de hombres, como de mujeres, la evidencia señala que son muchas más las mujeres que son víctimas de situaciones de abuso sexual, siendo los agresores predominantemente hombres" (Ministerio de Salud, 2011).

La red institucional que atiende a víctimas de delitos violentos está integrada por los Centros de Atención Integral a Víctimas de Delitos Violentos (CAVIS) que dependen de la Corporación de Asistencia Judicial[29], la Unidad de Atención a Víctimas de la Subsecretaría de Interior y los Centros de Atención a Víctimas de Delitos Violentos (CAVD)[30], y los CAVAS de la Policía de Investigaciones. Se agregan los programas especializados con los que cuenta SENAME. Todos estos organismos –además de SERNAM, el Ministerio de Salud y Carabineros– forman parte de la Red de Asistencia a Víctimas de Delitos Violentos (RAV) que tiene por objetivo establecer formas de coordinación y potenciar las acciones específicas de cada entidad en el propósito común de atender a las víctimas de delitos violentos. Una evaluación de los centros y unidades de atención integral a víctimas de delitos violentos (CAVAS, CAVIS y CAVD) realizada por el Ministerio de Hacienda en 2008 da cuenta de la importancia de contar con estos servicios. Al mismo tiempo, identifica que la oferta pública en la materia es reducida, y "no es una respuesta organizada y estructurada, sino más bien fue un levantamiento de servicios originados por las propias instituciones" (DIPRES, Ministerio de Hacienda, 2008). La evaluación identifica como necesidades mayores recursos humanos y de infraestructura, trabajo intersectorial y en red, y desarrollo de sistemas de información sobre variables comunes, además del establecimiento de metas de atención y de gestión. Por su parte, SENAME en respuesta a una consulta hecha por el INDH, indicó que el principal desafío de su Programa de Reparación al Maltrato Grave es la brecha entre la demanda de atención y la capacidad de la que dispone el servicio[31].

Ante las dificultades de la respuesta institucional al creciente número de denuncias de casos de abusos sexuales a niñas y niños durante 2012, el Poder Ejecutivo anunció un conjunto de medidas entre las que se incluyen: la creación del Servicio

27 Oficio Nº 4077 de SENAME, 5 de septiembre de 2012.

28 Ibídem.

29 Su acento está puesto en la asesoría y acompañamiento jurídico a las víctimas; en función de este propósito cuenta con programas de apoyo psicológico y social. Existen 18 centros con cobertura regional. En la región metropolitana funciona el Centro Regional por los Derechos del Niño CREDEN que otorga atención especializada a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y maltrato infantil grave constitutivo de delito.

30 Los Centros de Apoyo a Víctimas del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, tienen por objetivo contribuir a la reparación de los daños ocasionados por el delito a través del contacto rápido y oportuno con las víctimas, entregando una atención integral y especializada con profesionales psicólogos, abogados y trabajadores sociales. Se cuenta con 27 centros a nivel nacional.

31 Oficio Nº 4077 de SENAME, 5 de septiembre de 2012.

de Protección de la Infancia (reestructuración del SENAME), el registro de Inhabilidades para Condenados por Delitos Sexuales contra Menores[32], aumento de penas y entrevista única a las víctimas. Esta última medida busca responder a la victimización secundaria[33], uno de los principales problemas que se ha detectado en la atención y sanción de estos delitos, "debido a las múltiples entrevistas que deben dar ante los organismos, pudiendo incluso entregar su testimonio hasta 10 veces (ante Carabineros, PDI, Fiscalía, Servicio de salud, Servicio Médico Legal, peritaje psiquiátrico, peritaje psicológico de credibilidad, peritaje psicológico de daño, contraperitaje y juicio oral)" (Navarro, 2012). La preocupación por legislar en este ámbito demostrada por el gobierno es valiosa. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario reforzar las estrategias de prevención que involucran al sector educativo así como desarrollar campañas públicas que creen conciencia en la población sobre la importancia de denunciar el abuso sexual, y que la institucionalidad otorgue atención adecuada. El caso de Gabriela Marín, que se suicidó en septiembre pasado, es evidencia de una grave desatención.

De igual manera, en la prevención, atención y sanción de la violencia sexual que afecta a niñas y niños, se debe tener en cuenta la especial vulnerabilidad que afecta a las niñas en razón de las construcciones culturales de género que tienden a naturalizar su ocurrencia. El temor a la violencia sexual y las precauciones para evitar que sucedan forma parte de los procesos de socialización de las mujeres, con independencia de su condición socioeconómica o nivel educativo. Este comportamiento obligado –como forma de protección– conlleva restricciones de hecho a la libertad personal y autonomía de las mujeres. Así, los esfuerzos del Estado de Chile para la protección de niñas y jóvenes contra la violencia sexual, prevenir su ocurrencia y sancionar a los agresores reportan avances, sin embargo, aún distan de cumplir con los estándares que establece la Convención de los Derechos del Niño.

ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES INDÍGENAS EN SITUACIONES DE VIOLENCIA POR PARTE DE LA PAREJA

La entrada en vigencia de la Ley 20.066 del año 2005 significó un cambio importante en el abordaje de la violencia contra las mujeres en el espacio de la familia. Entre sus aportes destaca la improcedencia de acuerdos reparatorios como forma de término de las causas de violencia en los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar. La adopción de esta norma es coherente con los estándares de derechos humanos que establecen que, por su gravedad, la violencia contra las mujeres debe ser objeto de sanciones y que no se permitan las conciliaciones entre agresores y víctimas porque en este tipo de delitos no existe igualdad de condiciones entre las partes. Así, la Comisión IDH ha afirmado que "la conciliación asume que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones de negociación, lo cual generalmente no es el caso en el ámbito de la violencia intrafamiliar" (Comisión IDH, 2007). A ello se agrega el deber de debida diligencia que tiene el Estado de investigar y sancionar este tipo de violencia, tal como refiere la Convención Belém do Pará y la propia Corte IDH, entre otros, en su sentencia de Campo Algodonero.

El INDH ha podido constatar la aplicación de acuerdos reparatorios en casos de violencia intrafamiliar contra las mujeres indígenas que han llegado a los tribunales, particularmente en la Región de La Araucanía. El Ministerio Público reporta al menos 15 causas en que estos acuerdos han sido invocados. Las Cortes han acogido las solicitudes de la defensa de aplicar el Convenio 169 que dispone respetar "los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros" (art. 9), en la medida en que ellos sean

32 Ley 20.594 publicada el 19 d junio de 2012. Algunas disposiciones de la norma presentan dificultades por su amplitud; a modo de ejemplo, se puede solicitar información sobre una persona cuando se la va a contratar para algún empleo que involucre una relación directa y habitual con menores de edad, o cualquier otro fin similar (art. 6 bis incorporado al decreto ley Nº 645, de 1925, sobre el Registro General de Condenas). La expresión "cualquier otro fin similar" resulta ambigua respecto de qué actividades incorpora y qué se entiende por directo y habitual en estos casos. decreto ley Nº 645, de 1925, sobre el Registro General de CondenasAdicionalmente, las disposiciones de inhabilitación perpetua y temporal que para ejercer ciertos cargos puede entrar en tensión con el derecho a rehabilitación que tienen las personas.

33 "La victimización secundaria consiste en las consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas que dejan las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal", definición utilizada en el proyecto de ley, iniciado en Moción de los senadores Walker y Quintana, en materia de declaraciones de menores de edad víctimas o testigos de delitos sexuales. Boletín Nº 7.783-07.

compatibles con los derechos humanos y el sistema jurídico nacional; y en caso de proceder sanciones, "dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento" (art. 10, 2.).

En sus sentencias, la Corte de Apelaciones de Temuco ha señalado que "es un hecho público y notorio en esta Región, que las personas de la etnia mapuche, históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante la negociación, por cuanto es propio de su cultura resolver de esta manera los conflictos, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley 20.066". Agrega que "actuar de otra manera, impidiendo el término del conflicto de la forma que se ha producido, implicaría desintegrar a una familia que ha podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en contradicción con el Convenio ya referido que obliga a fortalecer la integración de los pueblos, más aún cuando de esta manera se contribuye a cumplir con el interés superior de fortalecer la familia de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República"[34].

Las prácticas culturales de una etnia o religión no pueden apartarse de plano de lo establecido en los tratados internacionales de derechos humanos[35], y así lo indican aquellos que abordan los derechos de los pueblos indígenas: "[l]os Estados adoptarán medidas, junto con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación" (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, art. 34). El Convenio 169 establece que "[e]n la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros" (art. 9).

En atención a los estándares señalados, el INDH considera que el Convenio 169 no puede ser interpretado de manera tal que deje sin aplicación normas sancionadoras de la violencia contra las mujeres. Así lo expresó en un *amicus curiae* presentado ante la Corte de Apelaciones de Temuco: "la gravedad de los hechos no pueden ser objeto de negociación entre las partes, tal como ocurre en el resto de los casos que afectan a mujeres víctimas de violencia, sea esta física, sicológica, sexual o económica e independientemente de la raza, etnia o nacionalidad de la víctima [ ]. Una solución como esa implicaría que derechos más cercanos a la tutela de la dignidad humana de las mujeres cederían a favor de costumbres" (INDH, 2012).

En ese sentido se pronunció el voto de minoría en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco que constata que muchas de las políticas o medidas atentatorias contra la mujer han sido justificadas bajo el alero de valores culturales, sustentados en creencias o de valores morales[36]. Por ello, se argumenta, la multiculturalidad y el respeto de las costumbres de los pueblos indígenas debe reconocer como limite la cosificación y degradación de la mujer, aun con su aparente anuencia, lo que obliga a revocar un sobreseimiento definitivo originado en el acuerdo reparatorio entre una mujer supuestamente agredida por su cónyuge o conviviente, por razones de derechos fundamentales y no simplemente en la perspectiva ilusoria de la igualdad en la capacidad de negociación amparada en aspectos culturales.

Por otro lado, la revisión de esta materia en otros países de la región muestra que no es posible dar por supuesto que el derecho consuetudinario dé protección efectiva a los derechos de las mujeres en situaciones de violencia intrafamiliar. De hecho, las propias organizaciones de mujeres indígenas han planteado la necesidad que dentro de sus comunidades y culturas se respeten y garanticen sus derechos humanos. Así, han exigido que "las autoridades indígenas responsables de la aplicación de la justicia ancestral revisen las formas de resolución de casos de violencia contra las mujeres, incluyendo violencia física, psicológica, sexual, pago de alimentos, adulterio, conflictos de herencia, acceso a la tierra e impedimentos de la participación de las mujeres, y hagan partícipes a las mujeres indígenas organizadas en este proceso" (UNIFEM, 2009).

34 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1136-2011, de 4 de junio de 2012.

35 Comité de Derechos Humanos, Observación General No 28, Igualdad de derechos entre hombres y mujeres; y, Comité de la CEDAW, Observación General No 19, La violencia contra la mujer.

36 Causa rol 1136-2011.

1

BIBLIOGRAFÍA

Biblioteca del Congreso Nacional. (2012). *Presencia de las mujeres en cargos de decisión y en los partidos políticos en Chile*. Valparaíso.

Comisión IDH. (2007). *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas 2007*.

ComunidadMujer. (2012). *Mujer y política: por una mayor participación femenina en la toma de decisiones públicas*. folleto . Santiago.

ComunidadMujer. (31 de octubre de 2012). Mujeres bajan en alcadías pero suben en consejos municipales. *La Segunda*.

Contreras, J. M., Bott, S., Guedes, A., & Dartnall, E. (2010). *Violencia sexual en Latinoamérica y el Caribe: análisis de datos secundarios*. SVRI.

Coomaraswamy, R. (1997). *Informe de la Relatora Especial sobre Violencia contra las Mujeres*. Naciones Unidas.

Corporación Humanas. (2005). *De la demanda de clase a la demanda de género. Evolución del voto femenino y las candidaturas de mujeres en los procesos electorales: 1992-1996-2000 y 2004 en Chile*. Santiago.

Corporación Humanas. (29 de octubre de 2012). *En municipales 2012: Corporación Humanas destaca elección de mujeres en comunas emblemáticas*. Recuperado el 31 de octubre de 2012, de Humanas.

Corporación Humanas. (2011). *La representación social de las mujeres en los partidos políticos y medios de comunicación en Chile*. Santiago.

DIPRES, Ministerio de Hacienda. (2008). *Informe final programas de atención a víctimas del Ministerio de Justicia, Ministerio del Interior y Ministerio de Defensa*. Santiago.

Domos. (2010). *Estudio exploratorio sobre violencia hacia las jóvenes en relaciones amorosas o de pareja*. Santiago.

Foro Económico Mundial. (2012). *Informe Global sobre brechas de género*. Ginebra.

ICSO Observatorio Político Electoral. (s.f.). *Puzzle electoral: el perfil de los candidatos*. Recuperado el 12 de octubre de 2012, de Observatorio Político Electoral, ICSO-UDP: http://www.icso.cl/observatorios/observatorio-politico-electoral/

IDEA & Flacso. (2006). *Cuotas de género, democracia y participación*. Santiago.

INDH. (2012). *Amicus curiae* presentado en el Recurso de Apelación Rol Nº 388-2012.

INDH. (julio de 2012). *Informe INDH presentado al Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer – CEDAW*. Obtenido de INDH : http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/104

Instituto de Defensa Legal; Fundación Debido Proceso Legal. (2008). *Obstáculos para el acceso a la justicia en la Américas*. Lima.

La Tercera. (13 de diciembre de 2011). Gobierno define fórmulas para nueva ley de cuotas1. La Tercera .

Larraín, S., & Traversa, M. T. (2001). Maltrato infantil y abuso sexual en Chile. Santiago: Unicef.

Ministerio de Salud. (2011). *Guía Clínica de atención de niños, niñas y adolescentes menores de 15 años, víctimas de abuso sexual*. Santiago: Minsal-Unicef.

Morales, E. (diciembre de 2002). Violencia sexual en Chile. *Revista Crónia de Domindo El Mercurio*.

Navarro, C. (2012). *La realidad de la violencia sexual contra niños en América Latina: los casos de Brasil, Paraguay y Chile*. Santiago: Universidad de Chile.

OMS. (2002). *Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud. Washington*. Washington: Organización Mundial de la Salud.

ONU Mujeres. (2011). *Representación de las mujeres en la toma de decisiones políticas*. Recuperado el 30 de octubre de 2012, de ONU Mujeres: http://progress.unwomen.org/2011/06/representacion-de-las-mujeres-en-la-toma-de-decisiones-politicas/?lang=es

Pizarro, O., & Guerra, M. (2010). *Rol de la mujer en la gran empresa*. Santiago: Universidad del Desarrollo y Centro de Estudios Empresariales de la Mujer.

Red chilena contra la violencia doméstica y sexual. (julio de 2012). *Campaña ¡Cuidado. El machismo mata!,*. Recuperado el 15 de septiembre de 2012, de Red chilena contra la violencia domestica y sexual: http:/www.nomasviolenciacontramujeres.cl

Ríos, M. (2008). Introducción. En M. (. Ríos, *El impacto de las cuotas de género en América Latina*. Santiago: IDEA International –FLACSO– Chile– Catalonia.

SERNAM. (2012). *Sernam lanza programa "600 líderes políticas para Chile".* Recuperado el 24 de mayo de 2012, de Sernam: www.sernam.cl

SERVEL. (2010). *Partidos políticos.* República de Chile. Santiago.

Sieder, R., & Sierra, M.T. (2011). *Acceso a la justicia para las mujeres indígenas de América Latina.* Bergen: Chr. Michelsen Institute CMI.

Unicef & ICSO-UDP. (2006). *Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la reforma procesal penal.* Santiago.

Unicef. (2011). *Mitos sobre el abuso sexual infantil.* Santiago.

UNIFEM. (2009). Declaración del Encuentro Internacional de Mujeres Indígenas en Quito-Ecuador. En M. Lang, & A. Kucia, *Mujeres indígenas y justicia ancestral.* Quito: UNIFEM.

2

DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD



Fotografía: Enrique Cerda



2 DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Pese a que en los últimos años la mala situación en que viven las personas privadas de libertad ha estado relativamente presente en el debate público, el conjunto de cambios legales, institucionales y culturales que todavía se requieren para una solución integral a dicha situación hacen que el tema siga constituyendo un desafío complejo. En este sentido, el incendio de la cárcel de San Miguel en diciembre de 2010, que constituye una de las tragedias penitenciarias más lamentables de la historia del país, reafirmó la necesidad de revertir y mejorar las condiciones carcelarias, revisar el enfoque de la política criminal y completar el proceso de modernización de Gendarmería.

El INDH ha planteado en sus Informes Anuales 2010 y 2011 que las políticas penitenciarias deben estar orientadas hacia la rehabilitación e integración en la sociedad de quienes están privados de libertad. Sin embargo, la irracionalidad en el uso de la pena privativa de libertad, el hacinamiento, las malas condiciones carcelarias y la privación generalizada de derechos para internos e internas hacen difícil alcanzar dicho objetivo, el cual además constituye una obligación legal para el Estado. Estas situaciones siguen presentes en 2012. Si bien el nivel de hacinamiento ha disminuido principalmente por la aprobación de la Ley 20.588 sobre indulto general, constatándose una disminución de 1.732 personas privadas de libertad respecto del 2011, aún persisten altos niveles de sobrepoblación en los establecimientos penitenciarios, una percepción de inseguridad en la población que alienta el uso de la pena de cárcel como elemento central de la política criminal y, recientemente una crítica política al funcionamiento de los tribunales de justicia por el "garantismo" que habría sido la base del anuncio del Poder Ejecutivo de reformar el proceso penal[1].

Además, la necesidad de adoptar y/o reforzar las medidas para que las personas privadas de libertad puedan ejercer sus derechos tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales (acceso a la salud, educación y trabajo), sigue siendo crítica durante 2012. Para avanzar en este ámbito, el INDH y Gendarmería han firmado un convenio de cooperación en virtud del cual se trabajará, entre otras materias, en la eliminación progresiva del uso de las celdas de aislamiento acorde a los estándares internacionales de derechos humanos. Estos reductos fueron utilizados durante 2012 en más del 75% de las sanciones por infracción al reglamento penitenciario[2].

Por su parte, a cinco años de la entrada en vigencia de la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente, esta presenta déficits principalmente en cuanto a su aplicación y a la falta de infraestructura adecuada para el cumplimiento de sus objetivos. Acorde a la información disponible preocupa que diversos centros del SENAME no cuenten con la autorización de las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud para su funcionamiento o la falta de infraestructura para la realización de talleres, lugares para entrevistas con su abogado/a o para recibir visitas. Asimismo, la información

1 Este anuncio se realizó la semana en que tuvo lugar la decisión de la jueza Vega, del 13º Juzgado de Garantía de Santiago, de no aplicar prisión preventiva al imputado confeso del homicidio de un barrista del equipo de fútbol Colo Colo. Posteriormente, y tras los cuestionamientos públicos por parte del Poder Ejecutivo, la Corte de Apelaciones de Santiago revocó la resolución de la jueza.

2 Gendarmería de Chile. Oficio Nº 0569 de fecha 24 de septiembre de 2012, en respuesta al INDH.

muestra un alza en proporción a 2011 en las condenas privativas de libertad a adolescentes y una disminución proporcional en la aplicación de salidas alternativas[3]. El Estado tiene la obligación de tener un sistema judicial propio para adolescentes que tenga en cuenta el interés superior del niño y la niña como eje central, fortalecer en los/as adolescentes el respeto a los derechos humanos y promover su rehabilitación e integración a la sociedad.

Desde una perspectiva de derechos humanos, la política criminal debe considerar medidas que superen toda discriminación, especialmente, hacia grupos específicos que encuentran en el encierro una profundización de su situación de vulnerabilidad. El sistema penal es por naturaleza selectivo, reproduciendo en gran parte las desigualdades sociales. En efecto, al analizar el perfil de la población carcelaria actual en Chile, esta es mayoritariamente de jóvenes entre 20 y 29 años con bajos niveles de escolaridad. De las 51.651 personas bajo este régimen, 1.754 tienen escolaridad superior, es decir, un 3.4%. La mayoría tiene escolaridad básica (24.517 personas) y media (24.491 personas), y 604 personas no tienen ninguna clase de instrucción formal[4]. Por ello, el sistema debe contar con límites claros y controles objetivos de forma de evitar resultados discriminatorios.

A su vez, que el Estado promueva una cultura penitenciaria de respeto a los derechos humanos transversal para todos los actores del sistema es fundamental para alcanzar el objetivo de la rehabilitación e integración en la sociedad. Esa cultura se construye también respetando y garantizando los derechos de los/as funcionarios/as de Gendarmería, los cuales están sometidos a condiciones laborales de tensión cotidiana. Esto es parte de los desafíos que enfrenta la recientemente creada Unidad de Promoción y Protección de los derechos humanos de Gendarmería, cuyo objetivo principal es "articular a nivel nacional un sistema eficaz de protección y promoción de los derechos humanos de las personas sujetas a custodia y control de Gendarmería de Chile como asimismo, promover la construcción de una cultura que reconozca y promueva el respeto y protección de los derechos y garantías de estas personas"[5].

3 Defensoría Penal Pública. Oficio N° 821 de fecha 10 de octubre de 2012, en respuesta al INDH.

4 Gendarmería de Chile. Oficio Nº 0569 de fecha 24 de septiembre de 2012, en respuesta al INDH.

5 Gendarmería de Chile. Resolución Exenta Nº 5712 de fecha 11 de junio de 2012. Punto resolutivo 1.a.

El presente capítulo da cuenta de la situación de personas adultas y adolescentes privadas de libertad. En cuanto a los primeros, junto con analizar los avances y desafíos en materia de condiciones carcelarias, se plantea la cuestión del derecho de sufragio de quienes están privados de libertad; se revisa el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales como la salud y el trabajo, y la obligación del Estado de proteger a la población GLBTTI[6] privada de libertad. El capítulo también revisa la situación de respeto de derechos humanos del personal de Gendarmería como parte fundamental de la situación carcelaria en el país. En materia de responsabilidad penal adolescente, el capítulo se focaliza en dos aspectos: la aplicación de la Ley 20.084 de responsabilidad penal adolescente, y las condiciones de funcionamiento de los centros del SENAME.

Para llevar a cabo el análisis del presente capítulo se considera tanto la política criminal, es decir, la manera en que el Estado se organiza para investigar y sancionar los ilícitos que se producen y las consecuencias que esto tiene en la situación carcelaria; como también la política penitenciaria, relacionada con las tareas desarrolladas por el Estado en materia carcelaria y así permitir la rehabilitación e integración a la sociedad de las personas privadas de libertad.

NORMATIVA NACIONAL Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Tanto la Constitución como el derecho internacional de los derechos humanos es enfático en establecer que el Estado debe asegurar los derechos económicos, sociales y culturales a las personas privadas de libertad[7]. En materia educativa, el entonces Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz, ha planteado que "la educación de los reclusos debe estar garantizada y consagrada en la Constitución y demás instrumentos legislativos; [y] debería estar dotada

6 Por la sigla GLBTTI se hace referencia a la población Gay, Lesbiana, Bisexual, Transgénero, Transexual e Intersexual.

7 La Constitución Política de la República reconoce como límite a la soberanía los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile (art. 5 inc. 2°), entre los que está, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, la Constitución en su art. 19 asegura el ejercicio de un conjunto de estos derechos como a la salud, educación y trabajo.

de fondos públicos suficientes"[8]. En cuanto al derecho a la salud, la Corte IDH ha señalado que "la falta de atención médica adecuada no satisface los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno conforme a la condición de ser humano. El Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera"[9]. Asimismo, también ha planteado que "las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y al acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos"[10].

Por su parte, el estatus de ciudadanía otorga, entre otros, el derecho a presentarse a cargos de elección popular así como el de sufragio[11]. La Corte IDH ha planteado que "los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán"[12].

En Chile, la suspensión y pérdida del derecho a sufragio está definida en la Constitución. El art. 16 establece que este derecho se suspende, entre otros motivos, por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva[13], o por delito que la ley califique como conducta terrorista. Del mismo modo, el art. 17 señala que la calidad de ciudadano se pierde –y por tanto, el correlativo derecho a sufragio– por condena a pena aflictiva o condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista, y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva. Finalmente, el mismo artículo en su inciso final establece que para el primer caso –condena a pena aflictiva– la calidad de ciudadano se recupera con la extinción de la responsabilidad penal, mientras que para los otros casos –conductas terroristas y por estupefacientes– quienes resulten condenados podrán solicitar esto al Senado una vez cumplida la condena.

Así, por mandato constitucional, la persona acusada de un delito –esté o no en prisión preventiva– o condenada a una pena privativa de libertad, ve restringido en muchos casos su derecho a sufragar. Respecto a si la prohibición del sufragio a quienes están privados de libertad es una restricción que cumple con los estándares internacionales de derechos humanos, la Corte IDH ha planteado que "los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa"[14]. En este ámbito se han planteado diversos modelos. Por ejemplo, Canadá, Sudáfrica y Ecuador contemplan el derecho a voto de las personas privadas de libertad; otros países como Finlandia o China lo prohíben para ciertas condenas, y en el caso de Estados Unidos, la prohibición es absoluta.

En términos generales, la obligación del Estado en materia de personas privadas de libertad según la Corte IDH es que "de conformidad con el artículo 5 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. [C]omo responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos condiciones que respeten sus derechos fundamentales y dejen a salvo su dignidad"[15].

8 Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz. A/HRC/11/8. 2 de abril de 2009, párr. 90.

9 Corte IDH. Caso Montero Aranguren (Retén de Catia) y otros vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C N° 150, párr. 102.

10 Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, párr. 167.

11 Chile. Constitución Política de la República. Artículo 13, inciso segundo.

12 Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 198.

13 Se considera pena aflictiva aquella igual o superior a tres años y un día o toda otra que una ley específicamente califique como tal.

14 Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 207.

15 Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú. Op.cit., párr. 315.

A pesar de ello, la condena a una pena privativa de libertad tiende a entenderse como una privación absoluta y extensible al conjunto de derechos de los cuales una persona es titular. En este sentido, si las personas condenadas a una pena privativa de libertad ven principalmente conculcada su libertad ambulatoria, no habría razón para privarlas del ejercicio de otros derechos. La pérdida de la manifestación individual de un derecho político como el sufragio amerita ser objeto de discusión con el fin de analizar en qué medida constituye una restricción accesoria legítima, tomando en cuenta que la persona ya está cumpliendo una condena privativa de su libertad.

Garantizar el derecho a sufragio constituye además una manera de visibilizar socialmente y canalizar los problemas que sufren internos e internas. Si quien está privado de libertad pudiese votar, entonces quienes postulan a cargos de elección popular se verían más incentivados a establecer en sus programas y proyectos, medidas específicas para este grupo de la población. En otras palabras, el derecho a sufragio de las personas presas podría ayudar al planteo de demandas para las cuales hay escasos vehículos de difusión, a la vez que contribuir a la inclusión social de estas personas.

Finalmente, resulta contraria a la presunción de inocencia la suspensión del derecho a sufragio que establece la Constitución en su art. 16 Nº 2 para los casos de personas imputadas de delitos que merezcan pena aflictiva o que estén acusados de delito calificados como terroristas. La pena es el resultado de un proceso jurisdiccional que, cumpliendo las debidas garantías procesales, ha concluido la existencia de una responsabilidad penal de una persona. Consecuencia de lo anterior, es que el Estado debe adoptar las medidas pertinentes para que las personas en prisión preventiva voten en los establecimientos penitenciarios y para que aquellas imputadas, pero que no se encuentran en prisión preventiva, puedan votar en las mesas electorales que les correspondan.

En el caso de la situación de las personas GLBTTI, la discriminación por orientación sexual y por identidad de género está prohibida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En este sentido, cuando la CADH señala en su art. 1 como obligación de los Estados respetar los derechos y garantizar su ejercicio a todas las personas sin discriminación por ninguna condición social, lo que incluye, tal como lo ha establecido la Corte IDH, la orientación sexual. Al respecto la Corte IDH ha planteado que "la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual"[16]. Específicamente en el caso de personas privadas de libertad, los Principios de Yogyakarta establecen que "toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La orientación sexual y la identidad de género son fundamentales para la dignidad de toda persona"[17].

Finalmente, en relación con las personas privadas de libertad en centros del Servicio Nacional de Menores (SENAME), producto de sentencias dictadas bajo la Ley 20.064 sobre responsabilidad penal adolescente, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "los Estados Parte reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad"[18]. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño, ha señalado el derecho que estos tienen a ser escuchados en todo proceso cuyas consecuencias les puedan afectar, afirmando que "esta condición básica debe ser respe-

16 Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Op. cit., párr. 91.

17 Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Principio 9. Los Principios de Yogyakarta fueron elaborados por un grupo de 29 especialistas en derechos humanos quienes en noviembre de 2006, adoptaron en forma unánime estos Principios. Estos constituyen un documento que entrega herramientas para una mejor aplicación de los estándares internacionales en materia de derechos humanos a la realidad en cuanto a discriminaciones basadas en la orientación sexual y la identidad de género.

18 Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 40.

tada y comprendida ampliamente"[19]. Por su parte, el Comité contra la Tortura, planteó respecto a la situación de los adolescentes privados de libertad en Chile que "le preocupan algunas deficiencias de los centros donde se encuentran [los adolescente], tales como el alto nivel de hacinamiento, la falta de separación por categorías de internos y la deficiente prestación de servicios básicos. Asimismo, le preocupa al Comité la información recibida sobre el uso excesivo de la fuerza y el aislamiento como castigo en estos centros"[20].

EJERCICIO DE DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

HACINAMIENTO Y SANCIONES

Durante 2012, dos leyes originadas en proyectos de ley presentados por el Poder Ejecutivo fueron aprobadas por el Congreso. Dicen relación con mejorar las condiciones carcelarias. Desde el punto de vista de la política criminal, estas leyes permiten, por una parte, disminuir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios del país y, por otra, entregar opciones alternativas de sanción a la privación de libertad para ser aplicadas por los tribunales de justicia.

Una de las normas aprobadas es la Ley 20.603, que modifica la Ley 18.216 que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, otorgando más herramientas al juez para decidir la pena a aplicar en cada caso específico sin tener que recurrir única y exclusivamente a la privación de libertad. La ley establece un régimen de seis alternativas, donde junto a las ya establecidas (remisión condicional, reclusión nocturna y libertad vigilada), crea tres nuevas opciones: libertad vigilada intensiva, expulsión y prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

La libertad vigilada intensiva, tal como señala el inciso segundo del artículo 15 de la Ley 18.216, es "la sujeción del condenado al cumplimiento de un programa de actividades orientado a su reinserción social en el ámbito personal, comunitario y laboral, a través de una intervención individualizada y bajo la aplicación de ciertas condiciones especiales". El Tribunal, en el caso concreto, establecerá un plazo de intervención, para lo cual se designará un delegado, que en 45 días debe proponer un plan de trabajo.

La prestación de servicios a la comunidad es para quienes hayan sido condenados a 300 días o menos, que tengan antecedentes que hagan suponer que el beneficio lo disuadirá de cometer nuevos ilícitos, y que voluntariamente quieran realizar este servicio. Este beneficio también opera mediante la intervención de un delegado de Gendarmería.

En estos dos primeros casos, la ley plantea una estructura organizacional coordinada interinstitucionalmente, en la que participan el Ministerio de Justicia, Gendarmería y tribunales. El Ministerio de Justicia está a cargo de habilitar a quienes ejercerán como delegados, quienes deben demostrar "idoneidad y preparación"[21]; mientras que Gendarmería y los tribunales deben implementar el plan de resocialización[22].

Por último, la ley incorporó la posibilidad, ya sea solicitada por la persona condenada o de oficio por el tribunal, de que los extranjeros que no residieran legalmente en el país y fuesen condenados a una pena igual o inferior a cinco años, fueran expulsados del país. En la audiencia donde se discuta la expulsión debe ser escuchado el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y, en caso de decretarse la expulsión, esta será ejecutada por el Departamento de Extranjería del mismo Ministerio.

Desde una perspectiva de derechos humanos, esta última disposición es cuestionable, principalmente en la hipótesis que sea el tribunal actuando de oficio que quiera decretar la expulsión, ya que la ley solo obliga a que sea escuchado

19 Comité de los Derechos del Niño. Observación General Nº 12. El derecho del niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12. 20 de julio de 2009, párr. 26.

20 Comité contra la Tortura. Observaciones finales: Chile. CAT/C/CHL/CO/5. 14 de mayo de 2009, párr. 22.

21 Chile. Ley 18.216 que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Artículo 12.

22 Sobre este punto, Gendarmería informó al INDH que contratará un total de 313 delegados: 194 para libertad vigilada y 119 para prestación de servicios en beneficio de la comunidad. En cuanto a la libertad vigilada existirán tres tipos de delegados: aquellos delegados encargados de casos (40 condenados por delegado), delegados para violencia intrafamiliar y delitos sexuales (30 condenados por delegado) y delegados encargados de programa (con capacidad aún por definir). Por su parte, en cuanto a prestación de servicios en beneficio de la comunidad, cada delegado tendrá a su cargo a 45 condenados aproximadamente. Gendarmería de Chile. Oficio Nº 0569 de fecha 24 de septiembre de 2012, en respuesta al INDH. La regulación específica de los delegados, sus derechos y obligaciones, estará contenida en el Reglamento de la Ley, el cual aun está en preparación.

el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y no el condenado, sobre quién la medida pudiese recaer. En este sentido, la expulsión es una medida drástica que requiere, por tanto, de la ponderación de diversos elementos relevantes al momento de la decisión como, por ejemplo, si la persona se encuentra a la espera de la resolución definitiva de refugio, donde el Derecho Internacional prohíbe al Estado expulsar a la persona; o si no tiene residencia legal y su familia sí, la expulsión provocaría un quiebre, cuando es deber del Estado justamente proteger a la familia por constituir el núcleo fundamental de la sociedad. Es fundamental que estas decisiones se tomen en el marco de un debido proceso para el posible afectado, que debe poder hacer valer sus argumentos y su defensa ante el tribunal.

El hecho de que sólo se establezca expresamente el deber de escuchar al Estado y no a quien pueda resultar afectado con la decisión, vulnera la igualdad de las partes en un juicio, elemento central del debido proceso. Al respecto, la Corte IDH ha planteado que "el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aun cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables"[23]. El deber de protección y garantía de los derechos es del Estado para con todas las personas, independientemente de su nacionalidad.

Con todo, para la plena aplicación de la Ley urge la modificación del Reglamento de la Ley 18.216, sin la cual la Ley 20.603 no entra en vigencia, ya que la misma señala en su art. 8 que "las normas de esta ley entrarán en vigencia a contar de la publicación en el Diario Oficial de las adecuaciones que, en virtud de ésta, deban ser incorporadas en el decreto supremo Nª 1.120, de 1984, del Ministerio de Justicia, reglamento de a ley Nº 18.216". La urgencia de esta publicación está dada porque la Ley 20.603 establece penas más favorables para las personas privadas de libertad que las actualmente existentes, lo que permitiría honrar el principio constitucional *in dubio pro reo*[24], en virtud del cual el tribunal debe aplicar la norma que resulte más favorable para la persona condenada aunque sea promulgada con posterioridad a los hechos que originaron su condena, lo que no está ocurriendo en la práctica[25].

La segunda norma aprobada es la Ley 20.588 sobre Indulto General, la que beneficia a las mujeres condenadas por sentencia ejecutoriada y que a la fecha de entrada en vigencia de la ley hayan cumplido dos tercios de la pena, hayan tenido una conducta sobresaliente en los últimos tres bimestres, y suscriban un compromiso de no volver a cometer un crimen o simple delito. La Ley incluye además a quienes estén siendo beneficiados con permiso de salida controlada al medio libre como a quienes estén con reclusión nocturna. En ambos casos las personas deben firmar un acuerdo de no volver a cometer un crimen o simple delito.

Esta Ley contempla además la conmutación de la pena por la de extrañamiento a su país para los extranjeros privados de libertad. Esta conmutación se aplica solo a los casos de quienes hayan solicitado el cambio de pena y cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 5 de la Ley. Un punto que preocupa es la prohibición del ingreso al país durante 10 años, establecida en el inciso octavo del artículo 5. Esto, en razón que son personas que se vieron beneficiadas por su baja peligrosidad y condena, por lo que la restricción de ingreso al país por 10 años resulta desproporcionada.

Según información otorgada por Gendarmería, hasta agosto de 2012, la Ley había beneficiado a 2.721 personas privadas de libertad[26]. Si bien en algunos casos la cifra es alta en proporción al universo de gente que podría beneficiarse, como en el indulto a extranjeros, en otros es baja. Es el caso de las 1.472 personas beneficiadas con salida controlada al medio libre, de las cuales 126 han recibido el indulto, o el caso de las mujeres, donde 23 han recibido el indulto de un total de 4.413 que están privadas de libertad en sistema cerrado[27].

23 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C Nº 218, párr. 143.

24 El art. 19 Nº 3 de la Constitución señala en su inciso séptimo que "ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado".

25 Ver Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol 286-2012. 13 de agosto de 2012.

26 Gendarmería de Chile. Oficio Nº 0569, op. cit.

27 Ibídem.

CUADRO 1
NÚMERO DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD BENEFICIADAS POR LA LEY 20.588 SOBRE INDULTO GENERAL DESGLOSADA POR CAUSA LEGAL HASTA AGOSTO 2012

CAUSA LEGAL	NÚMERO DE BENEFICIARIOS
Reclusión nocturna	1.886
Salida controlada al medio libre	126
Mujeres	23
Extranjeros	686
Total	**2.721**

Fuente: Gendarmería de Chile. Oficio N° 0569, 24 de septiembre de 2012

Esta Ley es la que explica la baja en la población penal en el sistema cerrado entre agosto de 2011 y agosto de 2012, la que disminuyó en 1.732 personas, lo que equivale al 3,3% de la población total en dicho sistema[28]. Adicionalmente, Gendarmería aumentó hasta agosto de 2012 en 4.410 la cantidad de plazas al interior de los establecimientos penitenciarios, llegando éstas a 41.034[29]. De este modo se explica la disminución en la tasa de hacinamiento, ya que si el 2011 la tasa fue de 62% (53.383 internos/as para 36.624 plazas), el 2012 esta cifra es de un 25% (51.651 internos/as para 41.034 plazas).

Por su parte, la tasa de privados de libertad bajó por primera vez el 2011 desde el año 2005. Así, si en el 2010 la tasa era de 307.8 personas privadas de libertad cada 100.000 habitantes, en el 2011 bajó a 297.9, como se muestra en el cuadro siguiente.

CUADRO 2
TASA DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN CHILE CADA 100.000 HABITANTES (2005-2011)

AÑO	TASA
2005	218,2
2006	231,3
2007	253,2
2008	280,2
2009	300,8
2010	307,8
2011	**297,9**

Fuente: Gendarmería de Chile. Oficio N° 0569, 24 de septiembre de 2012.

No obstante estas cifras, la solución al problema del hacinamiento y las indignas condiciones carcelarias no pasa por el aumento de plazas, en la medida en que éstas se sitúan en la misma cantidad de metros cuadrados disponibles y no modifican de manera integral la situación de hacinamiento en la que se encuentran las personas presas, sino que la mantienen. Así, lo que se requiere para enfrentar esta situación es un conjunto de medidas que van desde la revisión crítica de la política criminal que tiende a privilegiar las penas privativas de libertad, poniendo una presión difícil de sostener para el sistema carcelario, hasta la mejora integral de la infraestructura, y la implementación de programas y servicios que garanticen el ejercicio de derechos fundamentales como salud, educación y trabajo.

Estos problemas están presentes tanto en las cárceles de hombres como de mujeres. En este sentido, en el caso de los hombres, el total de internos excede en un 27,9% a la cantidad de plazas (47.238 hombres para 36.926 plazas); en el caso de las mujeres la sobrepoblación es de un 0,009% (4.413 mujeres para 4.108 plazas)[30]. En cuanto a las mujeres privadas de libertad, el Estado debe también revisar que las situaciones carcelarias cumplan con los estándares internacionales establecidos desde una perspectiva de género[31].

28 En 2010 el total de personas en sistema cerrado eran 55.722, en 2011 fueron 53.383 y, a agosto de 2012, eran 51.651. Gendarmería de Chile. Oficio N° 0569 de fecha 24 de septiembre de 2012, en respuesta al INDH.

29 Gendarmería de Chile. Oficio N° 0569, op. cit. Al hablar de plazas se hace referencia al espacio físico con una cama para la persona privada de libertad.

30 Gendarmería de Chile. Oficio N° 0569, op. cit. Cabe señalar que el mayor o menor porcentaje no implica necesariamente una disminución del hacinamiento carcelario.

31 Para estándares específicos en la materia ver Asamblea General de Naciones Unidas. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok). A/C.3/65/L.5. 6 de octubre de 2010.

Otro de los problemas a enfrentar en materia de condiciones carcelarias es el abuso por parte de Gendarmería en la aplicación de la celda de aislamiento como sanción del régimen interno disciplinario. El INDH recalcó que esta sanción "constituye una utilización excesiva de una medida que es extremadamente severa tanto de la restringida libertad individual del interno, como también de los efectos que tiene en la integridad física y psíquica" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, p. 24). Asimismo, la Comisión IDH ha planteado que "cuando el Estado somete intencionalmente a una persona a condiciones de reclusión particularmente lesivas con un fin determinado ello puede llegar a constituir tortura" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, p. 166). Durante 2011, en las 625 celdas de aislamiento existentes en todo Chile fueron sancionadas 16.173 personas[32]. Como se ve en el cuadro a continuación, hasta agosto de 2012, la celda de aislamiento ha sido la medida sancionatoria más utilizada, cuestión que constituye una violación a los estándares internacionales en la materia, que establecen que "se tratará de abolir o restringir el uso del aislamiento en celda de castigo como sanción disciplinaria y se alentará su abolición o restricción"[33].

CUADRO 3
NÚMERO DE SANCIONES PENITENCIARIAS ENTRE ENERO Y AGOSTO DE 2012

TIPO DE SANCIÓN	NÚMERO DE SANCIONES	PORCENTAJE
Amonestación verbal	27	0.11
Amonestación negativa	277	1.16
Limitación de visitas	68	0.28
Privación de actos recreativos	73	0.3
Privación de permisos para salida	13	0.05
Privación de visitas	4.550	19.2
Celda de aislamiento	18.672	78.9

Fuente: Gendarmería de Chile. Oficio Nº 0569 de fecha 24 de septiembre de 2012, en respuesta al INDH.

Durante 2011, esta sanción fue aplicada en un 11,3% a personas imputadas, es decir, que están cumpliendo prisión preventiva al interior de los recintos penitenciarios[34]. El INDH ha planteado que el uso de la prisión preventiva es una medida excepcional a la presunción de inocencia (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011). En este sentido, debiese estar prohibida la aplicación de una medida excepcional como la celda de aislamiento a las personas que estén detenidas preventivamente.

Las impugnaciones judiciales ante los tribunales de justicia para revocar la imposición de esta medida no han sido exitosas. Según información otorgada por Gendarmería, entre enero de 2008 y mayo de 2012, se presentaron 29 acciones constitucionales solicitando la revocación de la celda de aislamiento para casos específicos, de las cuales 28 fueron rechazadas[35].

Los altos niveles de hacinamiento crean un escenario adverso que incentiva el uso de estas celdas. El INDH, en virtud de las visitas que ha desarrollado a diferentes centros penales del país, ha constatado que estas celdas operan en la práctica como un espacio físico que suple la falta de infraestructura al interior de los penales. Así, puede usarse como un lugar de protección para personas que ven amenazada su integridad, como lugar de sanción ante infracción del régimen penitenciario interno y, en otros casos, como salas de espera antes del egreso de quienes ya han cumplido su pena[36].

DERECHO A LA SALUD, A LA EDUCACIÓN Y AL TRABAJO

La pena privativa de libertad afecta principalmente la libertad ambulatoria de la persona condenada, por lo que es deber del Estado resguardar y adoptar las medidas necesarias para que los/as internos/as puedan ejercer los otros

32 Gendarmería de Chile. Oficio Nº 1250 de fecha 17 de mayo de 2012, en respuesta al INDH. La información muestra un aumento anual en la cantidad de personas sancionadas en celdas de aislamiento. El 2006 fueron 4.644 personas; el 2007 fueron 6.927; el 2008 fueron 9.720; el 2009 fueron 11.597; y el 2010 fueron 12.358.

33 Asamblea General de Naciones Unidas. Principios básicos para el tratamiento de las reclusos. Res. 45/111. 14 de diciembre de 1990. Principio 7.

34 Gendarmería de Chile. Oficio Nº 1250 de fecha 17 de mayo de 2012, en respuesta al INDH.

35 Gendarmería de Chile. Oficio Nº 769 de fecha 27 de abril de 2012. El oficio no distingue el tipo de acciones constitucionales presentadas..

36 Tal como se destacó en un inicio en julio de 2012 Gendarmería y el INDH firmaron un convenio marco de cooperación donde, entre sus objetivos primordiales, se encuentra la progresiva eliminación del uso de las celdas de aislamiento, lo que constituye un paso importante para adecuar su uso a los estándares internacionales y evitar así la aplicación de una sanción extrema.

derechos fundamentales de los que son titulares, entre ellos, los económicos, sociales y culturales.

Uno de los derechos afectados en el sistema penitenciario es el derecho a la salud. Para garantizar este derecho, Gendarmería informó que –a agosto de 2012– se desempeñaban en todo Chile 41 médicos y 25 enfermeras, es decir, 1 médico cada 1.259 personas y 1 enfermero/a cada 2.066 personas privadas de libertad en régimen cerrado[37]. Esta cantidad de personas de salud no es suficiente para garantizar la atención de internos e internas.

En materia de salud mental, Gendarmería informa que "según el Departamento de Salud de Gendarmería de Chile solo tenemos horas de psiquiatra institucional en el Hospital Penitenciario y algunas horas en Concepción, es todo lo que tenemos para el país", agregando que "todo el resto de la atención en salud mental que requiere atención de psiquiatra se tramita con interconsultas a los Hospitales Públicos del MINSAL"[38].

Parte de la posición de garante del Estado implica asegurar la protección de la salud de las personas bajo su tutela, especialmente al haber personas privadas de libertad con graves enfermedades. Según Gendarmería, a agosto de 2012, 218 personas viven con VIH en los establecimientos penitenciarios (concesionados y no concesionados), 46 con tuberculosis, 7 con hepatitis B y 16 con hepatitis C[39]. Esto requiere contar con un plan de salud penitenciaria, ya sea interna o externa, capaz de garantizar la atención que estas enfermedades requieren en su tratamiento. Tal como señala la Comisión IDH, "la provisión de atención médica adecuada es un requisito material mínimo e indispensable que debe ser cumplido por el Estado para garantizar un trato humano a las personas bajo su custodia. La pérdida de libertad no debe representar jamás la pérdida del derecho a la salud"(Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, p. 200). En esta línea, la Contraloría General de la República (CGR) emitió, en julio de 2012 y a petición de la Red Chilena de Personas Viviendo con VIH/SIDA, un informe especial respecto a la atención y cuidado de personas que viven con VIH al interior de establecimientos penitenciarios en la Región de Valparaíso. La CGR evidenció la existencia de plagas de chinches en los módulos en que viven personas con VIH, como también la presencia de cucarachas en bodegas y cocinas[40]. El INDH consultó sobre la existencia de plagas, pero Gendarmería de Chile informó que no existen registros al respecto[41]. El informe de CGR comprobó además que "salvo para la compra de preservativos, Gendarmería no cuenta con presupuesto para prevención del VIH, lo cual tampoco se encuentra dentro de las metas de esa institución"[42].

Asimismo, debe existir en los centros penitenciarios un acceso a tratamientos de rehabilitación en materia de drogas y alcohol. Según un estudio del Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación de Drogas y Alcohol (SENDA, ex CONACE), un 56,8% de los privados de libertad estaban bajo efectos del alcohol o alguna droga al momento de cometer los delitos por los cuales están en las cárceles (SENDA, 2008, p. 13). Según el mismo informe, "la elevada tasa de consumo de sustancias ilícitas en la población penal no es sólo una característica de las personas que están cumpliendo penas en el medio cerrado, sino que también se encuentra en la población que las cumple bajo el régimen de libertad vigilada del adulto" (SENDA, 2008, p. 13).

Los derechos a la educación y al trabajo, entre otros derechos, se deben garantizar en virtud del rol que cumplen en la función de rehabilitación e integración social de las personas privadas de libertad. Uno de los principales medios utilizados por Gendarmería para garantizar el ejercicio de estos es mediante los Centros de Educación y Trabajo (CET), los cuales cuentan con una baja participación de internos e internas. Así, 709 personas han participado en estos centros a agosto de 2012, lo que equivale al 1,37% de la población en sistema cerrado, porcentaje que aumentó

37 Gendarmería de Chile. Oficio Nº 0569 de fecha 24 de septiembre de 2012, en respuesta al INDH.

38 Ibídem.

39 Ibídem.

40 Contraloría General de la República. Informe Nº 11 sobre programas de prevención del VIH/SIDA y tratamiento, atención y cuidado de personas que viven con el VIH en recintos penitenciarios de la Región de Valparaíso. 27 de julio de 2012, pág. 5.

41 Gendarmería de Chile. Oficio Nº 0569 de fecha 24 de septiembre de 2012, en respuesta al INDH.

42 Contraloría General de la República. Informe Nº 11 sobre programas de prevención del VIH/SIDA y tratamiento, atención y cuidado de personas que viven con el VIH en recintos penitenciarios de la Región de Valparaíso. 27 de julio de 2012, pág. 8.

un 0,1% en relación al año 2011. Además, deben plantearse reformas para una mayor participación de las mujeres en estos centros, ya que ellas sólo constituyen el 8,3% de quienes participan en los centros (59 mujeres)[43]. Muestra de ello es la inexistencia de cupos para mujeres en gran parte de los CET a lo largo del país[44].

En materia laboral, las iniciativas existentes son insuficientes. No obstante, este año cabe destacar el acuerdo firmado entre la Cámara Chilena de la Construcción con Gendarmería y el Ministerio del Trabajo, como ejemplo de buenas prácticas para la reinserción de privados de libertad. A la fecha, en Concepción, se desarrolla un programa de reinserción laboral capacitando en albañilería y carpintería en obra gruesa a internos de la región, quienes después tienen la opción de trabajar en alguna de las 11 empresas que participan del programa. Este ha tenido buenos resultados: el 75% de quienes participaron en él el año pasado están trabajando en empresas constructoras (Terra, 2012). La reinserción laboral no solo es importante para quien estuvo privado de libertad, sino que tiene consecuencias inmediatas en su núcleo familiar, ya que constituye un primer ingreso económico o uno adicional. Esta experiencia, si bien insuficiente a nivel nacional, constituye un ejemplo del aporte que puede realizar el sector privado en la etapa de reinserción laboral, alejando estereotipos y discriminaciones hacia quienes cumplieron condena.

PERSONAS GLBTTI PRIVADAS DE LIBERTAD

Durante 2012 se ha constatado al interior de las cárceles acciones preocupantes contra personas gays, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales (GLBTTI).

El Estado debe tener especial consideración para que el encierro no constituya un elemento que profundice su vulnerabilidad. Las autoridades penitenciarias deben promover una cultura de derechos humanos al interior de los establecimientos penitenciarios que conduzca a crear relaciones de respeto entre todas las personas –condenadas, imputadas y gendarmes– que conviven a diario en una cárcel.

Para ello es necesario, en primer lugar, contar con cifras que den cuenta del universo de población GLBTTI privada de libertad. Según los datos disponibles, a agosto de 2012, la población bisexual era de 206 personas, mientras que la homosexual era de 360 personas. Si bien el INDH preguntó por personas transexuales, esta información no se encuentra detallada[45]. Es necesario que Gendarmería produzca datos en esta materia, de manera de construir un diagnóstico sobre las vulneraciones de derechos que viven las personas GLBTTI al interior de los establecimientos penitenciarios y, a partir de ellos, adoptar medidas pertinentes. Por ejemplo, no existe un registro de si personas GLTTBI participan de los Centros de Educación y Trabajo (CET) analizados anteriormente. Contar con esta información constituiría un avance importante para analizar la integración de este grupo de personas a la vida en la cárcel y verificar las posibilidades reales de capacitación y educación a las que tienen acceso.

En cuanto a la infraestructura penitenciaria para este grupo de personas, los estándares internacionales no exigen la existencia de módulos específicos, sino que establecen que las autoridades penitenciarias deben mantener un diálogo participativo con la persona GLBTTI de manera tal de garantizar el ejercicio de sus derechos y resguardar su integridad física y psíquica[46].

No obstante lo anterior, en enero de 2012, una persona homosexual no pudo ser albergada en el Centro de Detención Preventiva de Quillota debido a que las otras personas que habitaban el módulo para homosexuales se negaron a recibirlo, por lo que la autoridad regional superior de Gendarmería determinó su traslado a Arica por razones de se-

43 Gendarmería de Chile. Oficio Nº 0569 de fecha 24 de septiembre de 2012, en respuesta al INDH.

44 Es el caso de los CET de Calama, Von Moltke (Valparaíso), Putaendo, San Carlos, Cañete, Yungay, Vilcún, Victoria, Osorno, Valle Verde (Puerto Aysén), Nueva Vida (Aysén), Punta Arenas y Metropolitano de Santiago. Para más información ver el Catálogo CET disponible en www.cet.gendarmeria.cl.

45 Gendarmería de Chile. Oficio Nº 0569 de fecha 24 de septiembre de 2012, en respuesta al INDH. El INDH consultó específicamente por el "número de internos homosexuales, lesbianas, transgénero, transexuales o travestis, desde 2010 (ingreso, excepto traslado) a la fecha, por región". La información entregada por Gendarmería estaba detallada por orientación sexual, pero no por identidad de género.

46 Específicamente, los mencionados Principios de Yogyakarta señalan que el Estado garantizará que "todas las personas privadas de su libertad participen en las decisiones relativas al lugar de detención apropiado de acuerdo a su orientación sexual e identidad de género". Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Principio 9, letra c.

guridad institucional y contra la voluntad de la persona. Ante este hecho, la madre del interno presentó un recurso de amparo ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso alegando que no tenía los medios económicos para visitar a su hijo en Arica. La Corte, tras enterarse de que el traslado ya se había hecho efectivo, resolvió que la acción judicial "ha[bía] perdido oportunidad" y, por tanto, rechazó el amparo[47].

También en tribunales de justicia se conoció un caso en el que un funcionario de Gendarmería no prestó el debido auxilio a una persona trans, que sufrió una agresión por parte de un interno al interior del Centro de Detención Preventiva de Quillota cuando se retiraba tras visitar a su pareja. Según información proporcionada por Gendarmería al INDH, internamente se sancionó a un suboficial de Gendarmería producto de no prestar atención médica a la persona agredida[48]. Este hecho fue informado por la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD), en octubre de 2012, ante el Comité CEDAW, señalando que "las mujeres trans en situación de cárcel, viven en un contexto de violencia total. Encarceladas en prisiones de hombres, las mujeres trans son constantemente vulneradas en sus derechos. Mayoritariamente portadoras del VIH, son subalimentadas dentro de las cárceles y deben soportar condiciones poco saludables. Cuando una mujer trans es agredida en la cárcel, el hecho es pasado por alto, la gravedad de las heridas no bastan" (Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad, 2012, p. 8). En sus recomendaciones, el Comité CEDAW, si bien no hizo mención expresa a las mujeres trans, recomendó al Estado "asegurar que la reforma al sistema carcelario incluya la perspectiva de género y que provea instalaciones y servicios de salud adecuados para todas las mujeres privadas de libertad en el país"[49].

47 Corte de Apelaciones de Valparaíso. Rol Nº 602-2012. Sentencia de 25 de mayo de 2012, considerando segundo.

48 Gendarmería de Chile. Oficio Nº 898 de fecha 4 de abril de 2012 en respuesta al INDH.

49 Comité CEDAW. Observaciones Finales: Chile. CEDAW/C/CHL/CO/5-6. 16 de octubre de 2012, párr. 45. Traducción no oficial. La versión original en inglés señala: "the Committee calls on the State party to ensure that the reform of the prison system includes a gender perspective and to provide adequate health facilities and services for all women deprived of liberty in the country".

DERECHOS DE FUNCIONARIOS Y FUNCIONARIAS DE GENDARMERÍA

El desarrollo de un sistema penitenciario respetuoso de los derechos fundamentales pasa por crear una cultura de derechos humanos interna. En este sentido, la responsabilidad del Estado no dice relación solamente con la situación carcelaria de internos e internas, sino también con el respeto de los derechos de las personas que trabajan en Gendarmería. En este sentido, el Estado debe promover el derecho a la educación y continua capacitación de funcionarios y funcionarias de esta institución, respetar sus derechos laborales y mantener una infraestructura adecuada para que puedan cumplir sus funciones en condiciones dignas, entre otros aspectos.

Estas condiciones están puestas en cuestión a partir de datos que señalan que "Gendarmería tiene una alta tasa de suicidios consumados y fallidos, y solo dos psicólogos para 14.000 funcionarios"[50], lo que muestra la necesidad de implementar un programa sistemático de autocuidado para funcionarios. El personal de Gendarmería está expuesto constantemente a tensiones propias a la naturaleza del trabajo que realiza, a lo que se suma que se desempeñan en un ambiente que no garantiza las condiciones mínimas de higiene y seguridad. En este sentido, la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios (ANFUP) ha denunciado que a octubre de 2012, cinco funcionarios se habían suicidado, uno más que en 2011. Además, señalaron que los funcionarios "tienen que estar los 365 días cumpliendo funciones en turnos agotadores que muchas veces pasan los diez días de trabajo seguidos para tener un día libre [lo que] repercute en la situación familiar de los funcionarios penitenciarios" (Lobos, 2012). Asimismo, la ANFUP, en su exposición ante la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, a propósito del Informe sobre la situación carcelaria en Chile, planteó que "los gendarmes no tienen la capacidad de cautelar la vida de las personas recluidas ya que no pueden intervenir en todas las riñas y peleas que se instalan en las cárceles"[51].

50 Senado. Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, op. cit., pág. 108.

51 Ibídem, pág. 25.

En cuanto a la dotación de personal, Gendarmería cuenta con 10.072 funcionarios para el sistema cerrado, lo que equivale a un funcionario cada cinco personas privadas de libertad aproximadamente. Estos se concentran principalmente en la Región Metropolitana (2.794 gendarmes), del Biobío (1.460 gendarmes), de Valparaíso (985 gendarmes) y de la Araucanía (889 gendarmes), lo que coincide con las regiones de mayor concentración de población penitenciaria[52]. Al respecto, los estándares internacionales de derechos humanos establecen que "el personal es del todo indispensable para una buena administración penitenciaria" por lo que "requiere la existencia de personal suficiente y debidamente capacitado" (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2010, pág. 37). De este modo, es relevante la comunicación entre Gendarmería y el Ministerio de Justicia, con el objeto de desarrollar de forma permanente evaluaciones conjuntas sobre la dotación de personal y sus necesidades.

Durante 2012, la justicia acogió acciones constitucionales presentadas por gendarmes con el objeto de mejorar sus condiciones laborales y de infraestructura. Es el caso del fallo de la Corte Suprema, en septiembre de 2012, donde ordena a Gendarmería mejorar las condiciones laborales de los gendarmes en la Unidad Penal de Temuco en virtud que "las condiciones sanitarias verificadas por la autoridad competente […] no se condicen con las normas sanitarias básica de funcionamiento de cualquier lugar de trabajo y por ende importan un incumplimiento a la obligación que tiene Gendarmería de Chile"[53]. Sobre lo mismo, el informe de la Comisión de Derechos Humanos del Senado recomendó en sus conclusiones "mejorar la condición de trabajo de los gendarmes dada la severa precariedad que existe[.] La falta de espacio y de infraestructura administrativa impide ejercer un control y vigilancia acorde con la calidad de la función"[54]

Otro punto relevante en el fomento de una cultura interna de respeto y promoción de los derechos humanos es el acceso a educación y capacitación de los y las funcionarias. La formación que entrega la Escuela de Gendarmería no tiene reconocimiento por parte del Ministerio de Educación al no cumplir con los requisitos establecidos en la Ley 19.699 sobre títulos profesionales o técnicos, lo que impide obtener al personal de Gendarmería un título profesional.

Al respecto, la ANFUP ha sostenido que es "necesario un nuevo concepto de 'Gendarme', pues ya no se puede ser el mero custodio o vigilante concentrado sólo en las labores de seguridad, sino que se requiere que el gendarme sea un agente de cambio y un promotor social, para ello, es necesario que la Escuela de Gendarmería de Chile se incluya en la Ley de Educación, de modo que pueda ser considerada al igual que las demás escuelas matrices"[55]. En este ámbito, el Ministro de Justicia, Sr. Teodoro Ribera, planteó como eje de la reforma penitenciaria la modernización de Gendarmería, en especial su escuela de formación[56].

En este mismo sentido, la Comisión de Derechos Humanos del Senado recomendó "estudiar el mejoramiento de la carrera funcionaria y la formación profesional del personal de gendarmería ( ) [y] considerar incluir a la Escuela de Gendarmería en la actual Ley de Educación con el objeto de permitir su reconocimiento oficial como institución de educación superior"[57].

Finalmente, se debe hacer hincapié en la importancia de la formación y capacitación en derechos humanos para el personal de Gendarmería. Según información entregada por la propia institución desde 2010 a agosto de 2012 se ha capacitado a 244 funcionarios y funcionarias en materia de derechos humanos[58].

RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE

En sus Informes Anuales 2010 y 2011, el INDH recomendó la revisión por parte de autoridades de la aplicación de la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente (RPA),

52 Gendarmería de Chile. Oficio Nº 0569, op. cit.

53 Corte Suprema. Rol Nº 5438-2012. Sentencia de 21 de septiembre de 2012, considerando décimo.

54 Senado. Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, op. cit., pág. 108.

55 Senado. op. cit., pág. 28.

56 Ibídem, pág. 49.

57 Ibídem, pág. 107. Punto G.1.

58 Gendarmería de Chile. Oficio Nº 0569, op. cit.

principalmente porque los datos mostraban una aplicación alejada de los fines para los cuales se había creado la ley. Contar con una normativa específica en materia adolescente cuyo foco fuera la rehabilitación e integración en la sociedad de jóvenes infractores de ley constituyó un paso para que Chile estuviera acorde a los estándares internacionales en derechos humanos. No obstante, el abuso en la utilización de la herramienta penal, en especial de la privación de libertad de jóvenes en centros con una infraestructura deficitaria, ha llevado a una crítica transversal a esta normativa[59].

Producto de lo anterior, la Comisión de Constitución, Justicia, Legislación y Reglamento del Senado recibió a una variedad de organismos –como el INDH, la Defensoría Penal Pública, el Ministerio Público, Paz Ciudadana y Unicef–, con el objeto de discutir acerca de la eficacia de la Ley 20.084 a cinco años de su aprobación[60]. En tales sesiones se planteó la necesidad de revisar nuevamente la Ley con el objeto de adecuarla a la reinserción de jóvenes infractores y que no siga siendo una herramienta de privación de libertad similar al sistema adulto, como también mejorar los centros del Sename con el objeto de perfeccionar sus instalaciones.

En cuanto a la Ley 20.084, el INDH planteó que "si bien fue pensada para la reinserción de jóvenes, la tendencia práctica ha sido la adopción inmediata de las medidas punitivas más fuertes como es la privación de libertad" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, p. 229). Tal como muestra el cuadro, el porcentaje de sentencias condenatorias contra adolescentes se ha mantenido en un nivel alto en 2012.

59 Esta crítica transversal fue planteada ante la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado en las sesiones temáticas sobre RPA realizadas los días 4 y 9 de julio de 2012, por entidades públicas y privadas relacionadas con la materia –como el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública, Carabineros, Policía de Investigaciones, el propio INDH y otras no públicas como Paz Ciudadana y Unicef– que expusieron ante dicha Comisión. Al momento de cierre de este Informe Anual 2012, dicha Comisión estaba preparando su informe final.

60 Senado de Chile. Comisión de Constitución, Justicia, Legislación y Reglamento. Sesiones celebradas en Santiago los días 4 y 9 de julio de 2012. Para más información ver www.senado.cl. Al momento de cierre de este Informe Anual 2012, dicha Comisión estaba preparando su informe final.

CUADRO 5
CANTIDAD DE ADOLESCENTES ATENDIDOS POR LA DPP BAJO LA LEY 20.084 (2008-SEPTIEMBRE 2012)

	2008	2009	2010	2011	2012*
Salidas Alternativas	12.496	12.757	11.834	13.746	10.079
Sentencia condenatoria	15.125	17.361	16.308	15.629	12.464
Otros términos[61]	8.230	8.790	8.734	9.743	7.554
Total	35.851	38.908	36.876	39.118	30.097

Fuente: Defensoría Penal Pública. Oficio Nº 821 de fecha 10 de octubre de 2012, en respuesta al INDH.

*2012 está contabilizado hasta el mes de septiembre.

La cantidad de sentencias condenatorias ha sido superior a las salidas alternativas y a otros términos de los procedimientos. Al analizar las cifras de 2012 se aprecia que, proporcionalmente, la misma es más alta que en 2011, lo que es motivo de preocupación en tanto la Ley buscaba, justamente, potenciar las salidas alternativas en lugar de las penas privativas de libertad.

El artículo 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece en relación a la justicia penal que "se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción". La aplicación mayoritaria de sentencias condenatorias y su cumplimiento en centros del Sename no constituyen medidas idóneas para garantizar los derechos de los adolescentes[62]. Según información entregada por el Estado al Comité de los Derechos del Niño, la cantidad de adolescentes privados de libertad en Centros del Sename ha aumentado desde la entrada en

61 "Otros términos" comprende sentencia absolutoria, sobreseimiento temporal y definitivo, derivación, facultativos de la fiscalía, procedimiento monitorio (multa) y delito reformalizado entre otros.

62 Una de las reformas planteadas por el Poder Ejecutivo es la creación de un servicio especial en el ámbito de la responsabilidad penal adolescente. Para más información al respecto ver el capítulo sobre Institucionalidad democrática contenido en este mismo Informe Anual 2012.

vigencia de la Ley 20.084. El número ascendía a 10.738 adolescentes en 2008; a 11.950 el año 2009; a 12.877 en el 2010; y a 13.734 adolescentes en el año 2011. De estos, el 75,1% está condenada por delitos contra la propiedad[63].

Al revisar los informes del primer semestre de las Comisiones Interinstitucionales de Supervisión de Centros (CISC)[64] quedan en evidencia un conjunto de problemas en los Centros del Sename[65]. Esto se reiteran en todos los centros del país. La falta de personal médico que puede traducirse en la ausencia de médicos, paramédicos o la presencia de estos con bajas horas de asistencia al centro y la ausencia de nutricionistas, rol clave para determinar la alimentación de los adolescentes constan en dichos informes.

Además, la mayoría de los centros no cuenta con la autorización de la Seremi de Salud correspondiente para su funcionamiento[66]. Esto es relevante toda vez que esta autorización es una garantía mínima que el centro cumple con infraestructura y equipamiento adecuado para asegurar el derecho a la salud y la higiene de las personas adolescentes privadas de libertad en tales centros. La falta de estas condiciones constituye un obstáculo para la rehabilitación e integración a la sociedad de los adolescentes y los/as expone a enfermedades y deterioros en su salud. Consultado al respecto por el INDH, Sename informó que la importancia de tal autorización radica en que "permite el funcionamiento de los Prestadores Institucionales de Salud, verificando que cumplan con los requisitos de estructura y organización, expresados en los reglamentos ministeriales. Actualmente cuentan con autorización los centros de Coyhaique, Limache y Arica", agregando que "al resto de los centros en el país se les ha indicado comiencen a realizar las gestiones para conocer cuál es el requerimiento de las autoridades locales, a objeto de lograr que sus unidades de salud sean autorizadas"[67].

Según Sename, se ha establecido como meta que en aquellos centros con más de 71 plazas se debe contar con un médico, un enfermero y cuatro paramédicos; en aquellos con menos de 70 plazas, debe haber un enfermero y cuatro paramédicos. Según Sename, esto ya se habría completado en las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Atacama, Valparaíso, Maule, Biobío, los Ríos, los Lagos y Magallanes[68]. Con todo, debe tenerse en consideración que para una debida atención acorde a las normas legales, tales centros deben contar a su vez con la autorización ministerial regional para su funcionamiento.

Otro de los problemas evidenciados es la falta de infraestructura para la visita de las familias, para las reuniones con el/la abogado/a o para llevar a cabo los talleres laborales para adolescentes. Esta infraestructura es necesaria toda vez que permite el ejercicio de un conjunto de derechos, como es mantener el lazo afectivo del/a adolescente condenado/a con su familia en un ambiente de privacidad, poder reunirse tranquilamente con la persona que está a cargo de su defensa técnica, o poder participar de talleres donde adquiera herramientas relevantes para poder reinsertarse en la sociedad[69]. También en relación a la infraestructura, los informes dan cuenta de centros sin acceso a agua caliente ni a calefacción[70].

En cuanto al personal que trabaja en los centros, los informes constataron la ausencia de personal producto de licencias médicas en razón de las condiciones laborales en las que trabajan y a la tensión a la cual están expuestas.

63 Anexo al 4º y 5º Informe consolidado de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos. Información estadística. Información obtenida del cuadro 47 sobre Población vigente en el área de la responsabilidad penal adolescente del Servicio Nacional de Menores, al 31 de diciembre de cada año. Septiembre de 2012.

64 Las Comisiones Interinstitucionales de Supervisión de Centros fueron creadas por el Reglamento de la Ley RPA (artículos 90. 91 y 159) y su fin es fiscalizar los centros privativos de libertad del Sename. Cada Comisión está presidida por el Seremi de Justicia y tiene una composición diversa. Para más información ver http://dosvias.minjusticia.gob.cl.

65 Los informes correspondientes al primer semestre 2012 están disponibles en http://dosvias.minjusticia.gob.cl. Las conclusiones aquí sistematizadas se realizaron mediante la revisión de todos los informes por centro y por región, destacando los problemas que se reiteraban en la mayoría de los centros.

66 Informes CISC, Primer semestre 2012. Este problema se evidenció principalmente en centros ubicados en las regiones de Tarapacá, Antofagasta, Atacama, Coquimbo, Bio Bio y Araucanía.

67 Servicio Nacional de Menores. Oficio Nº 4192 de SENAME de fecha 12 de septiembre 2012.

68 Ibídem.

69 Informes CISC, Primer semestre 2012. Este problema se evidenció principalmente en centros ubicados en las regiones de Antofagasta, Atacama, Valparaíso, O´Higgins, Maule, Bio Bio, Araucanía, Los Lagos, Aysén y Magallanes.

70 Informes CISC, op. cit. Este problema se evidenció principalmente en centros ubicados en las regiones de Tarapacá, Antofagasta, Atacama, Coquimbo, Bio Bio y Araucanía.

El Poder Ejecutivo, como una manera de enfrentar estos problemas, puso en marcha en marzo de 2012 el programa "11 medidas para la reinserción juvenil", que busca mejorar tanto las condiciones de infraestructura de los centros juveniles como establecer programas de educación y trabajo y capacitación a los profesionales que trabajan con adolescentes[71]. Para el Poder Ejecutivo "este desafío [de rehabilitación e integración social de los y las adolescentes] se ve seriamente dificultado debido a que los centros destinados a albergar a los/as jóvenes condenados/as, y –más aún– a aquellos menores que se encuentran privados/as de libertad provisoriamente, no cuentan con condiciones básicas para una adecuada intervención. Estas condiciones deficientes menoscaban la dignidad de los/as jóvenes y comprometen su salud física y mental" (Gobierno de Chile, 2012, pág. 3).

Un elemento fundamental dentro de lo anunciado por el Poder Ejecutivo es revisar el conjunto de programas –de Prevención, Protección General, de Protección Especializada, de Fortalecimiento Familiar y de Familias de Acogidas– llevados a cabo por el SENAME, con el objeto que se adecuen a los objetivos de la Ley 20.064. Asimismo, deben repetirse a nivel nacional experiencias como los 56 cursos de capacitación laboral informados por Sename donde se entrenó a 724 jóvenes[72].

71 Para más información al respecto ver http://www.minjusticia.gob.cl/es/11-medidas.html

72 Servicio Nacional de Menores. Oficio Nº 4192 de SENAME de fecha 12 de septiembre 2012.

BIBLIOGRAFÍA

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas.* Washington DC.

Dammert, L. (2012). El populismo penal, ¿existe otro camino? *Seminario Internacional Seguridad Democrática y Derechos Humanos.* Santiago.

Gendarmería. (s.f.). *Catálogo CET.* Recuperado el 8 de octubre de 2012, de http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/catalogo_cet.pdf

Gobierno de Chile. (marzo de 2012). *11 medidas para la reinserción juvenil.* Obtenido de http://www.minjusticia.gob.cl/images/stories/banners_enlaces/oficio_instructor/11_medidas_web.pdf

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2010). *Informe Anual 2010.* Situación de los Derechos Humanos en Chile. Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011). *Informe Anual 2011.* Situación de los derechos humanos en Chile. Santiago.

Lobos, E. (2 de octubre de 2012). *Denuncian triste récord de suicidios en Gendarmería.* Recuperado el 17 de octubre de 2012, de 24 horas: http://www.24horas.cl/nacional/denuncian-triste-record-de-suicidios-en-gendarmeria-330728

Mera, Jorge, A. C. (2010). *Derechos Fundamentales de los Privados de Libertad.* Santiago: Ediciones UDP.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2010). *El sistema penitenciario. Medidas privativas y no privativas de la libertad.* Nueva York.

Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad. (2012). *Violaciones de derechos humanos a las personas lesbianas, bisexuales y transexuales (LBT): Un informe sombra.* Santiago.

Paz Ciudadana. (agosto de 2012). *Índice Paz Ciudadana - Adimark*. Obtenido de www.pazciudadana.cl

SENDA. (2008). *Consumo problemático de Drogas. Tratamiento en personas que han cometido delitos.* Recuperado el 15 de octubre de 2012, de http://www.senda.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/TRATAMIENTO_PERSONAS_DELITO_VF.pdf

Terra. (23 de octubre de 2012). *Internos de Provincia de Concepción son parte de programa de reinserción social y laboral.* Obtenido de http://noticias.terra.cl/nacional/internos-de-provincia-de-concepcion-son-parte-de-programa-de-reinsercion-social-y-laboral,6b502d9d4398a310VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html



DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y VÍCTIMAS DE TRATA

Fotografía: Enrique Cerda

3 DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y VÍCTIMAS DE TRATA

En las últimas dos décadas Chile reportó un aumento sostenido de inmigración de personas provenientes principalmente de otros países de América Latina y el Caribe. Las y los ciudadanos peruanos son el grupo mayoritario, seguido por Bolivia, Colombia, Argentina y Ecuador. Se estima que la población migrante es de alrededor de 370.000 personas, concentrada principalmente en zonas urbanas de las regiones Metropolitana, Tarapacá, Valparaíso y Antofagasta[1]. En su composición prevalece la población en edad activa –70% de las personas tiene entre 20 y 60 años–, en su mayoría son mujeres (55%), y la principal motivación para venir a Chile es el trabajo, aun cuando otras razones también son los conflictos armados, la inseguridad y las catástrofes naturales. Este fenómeno no cambia el hecho que Chile sigue siendo un país donde la emigración es mayor que la inmigración; la relación entre el número de chilenos y chilenas viviendo en el exterior y de inmigrantes en el país es de 3 a 1.

Las situaciones de discriminación y entornos de vulnerabilidad que afectan a la población migrante están documentadas e incluyen las precarias condiciones de vida, la vulneración de derechos laborales, las desiguales oportunidades educativas para niños/as y jóvenes, y los obstáculos para acceder a atención de salud, entre otros (INDH, 2011)[2]. En los diálogos regionales sobre derechos humanos desarrollados por el INDH durante 2012, las organizaciones de la sociedad civil en varios puntos del país han dado cuenta de barreras burocráticas en la revalidación de títulos de estudios, y subempleo o acceso a empleos no acordes a sus niveles educativos, lo que redunda en bajos ingresos y desprotección laboral y social. Otro asunto planteado se refiere a los casos de tráfico de migrantes y trata de personas[3].

En materia de vivienda, el 21% de la población inmigrante arrienda sin contrato por las dificultades para cumplir con los requisitos de aval, mes de garantía y contrato de trabajo, entre otros. "Frente a ello se ha ido generando un mercado paralelo de habitaciones y pequeños cuartos que son arrendados en Santiago centro y comunas como Independencia, Recoleta y Estación Central […]. Ello ha favorecido la emergencia de 'barrios de inmigrantes' en ciertas comunas de Santiago" (Stefoni, 2011). También se ha detectado la presencia de población migrante en campamentos a lo largo del país. Según el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, estas personas representan el 1,4% de quienes habitan en estas precarias condiciones, y están principalmente concentrados en campamentos en Arica y Parinacota, Tarapacá, Atacama

1 Elaboración propia a partir de la base de datos CASEN (2011), en la Región Metropolitana se concentra el 65,7%, Tarapacá 7,3%, Valparaíso 6,3% y Antofagasta 4,1%. Para todos los grupos nacionales, los lugares de asentamiento en el país son urbanos, a excepción de las personas provenientes de Bolivia donde destaca un porcentaje relevante de habitación en zonas rurales.

2 En agosto de 2012, la Subsecretaría de Interior del Ministerio del Interior y Seguridad Pública firmó un convenio con las Municipalidad de Santiago, Recoleta y Estación Central, y el Servicio Jesuita al Migrante a efectos de apoyar programas que atiendan a la población migrante en situación de mayor vulnerabilidad. El convenio implica el traspaso de 128 millones de pesos desde el Ministerio del Interior y Seguridad Pública los cuales se destinarán a brindar apoyo en materia de vivienda, salud, educación, asistencia social y capacitación en emprendimiento laboral, a los extranjeros que lo requieran.

3 Diálogo INDH con organizaciones de derechos humanos. IV Región, ciudad de La Serena 27 de julio 2012. Informe ejecutivo.

y Antofagasta (MINVU, 2012). En general, la posibilidad de acceder a subsidios de vivienda se ve afectada por las dificultades de regularizar la permanencia definitiva dada la necesidad de un contrato de trabajo con cláusulas tipo (INCAMI, 2012), y en caso de tenerla, incide la falta de información que tiene la población migrante sobre este derecho.

En septiembre de 2011, el Estado de Chile presentó su informe al Comité de la Convención de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, lo que permitió establecer con claridad los ámbitos de avance del Estado y también las omisiones y desafíos para garantizar sus derechos a la población migrante. El INDH expuso los déficits en el cumplimiento de estándares de derechos humanos en materia normativa y de política pública identificados en sus Informes Anuales (INDH, 2011) (INDH, 2010). En sus recomendaciones al Estado, el Comité de la Convención tomó en consideración estas preocupaciones, así como las expresadas por organizaciones de la sociedad civil en sus informes sombra[4]: la necesidad de una nueva normativa acorde a los estándares de derechos humanos que dé cuenta de las características actuales de la migración en el país, la revisión de los procedimientos de expulsión determinados por la autoridad, y el efectivo acceso a los servicios públicos y a beneficios de la política social, entre otros asuntos.

La migración ha sido asunto de interés y debate público durante 2012. En declaraciones y entrevistas a los medios de comunicación, algunas autoridades de gobierno han dejado entrever las principales medidas que contendrá la nueva política migratoria que el Poder Ejecutivo presentará al Congreso. También, el país ha conocido situaciones de tráfico de migrantes y de trata de personas, frente a las cuales el INDH presentó demandas ante los tribunales. El 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago dictó en el mes de septiembre la primera sentencia condenatoria por trata con fines de explotación sexual de ciudadanas dominicanas. Por último, se han producido situaciones de discriminación y xenofobia contra personas o grupos específicos de migrantes. Estas son las materias que se revisan a continuación.

4 Comité de la Convención de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias CMW, CMW/C/CHL/CO/1.

NORMATIVA NACIONAL Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Los derechos de las personas migrantes han sido objeto de preocupación de la comunidad internacional desde la adopción de los primeros instrumentos internacionales de derechos humanos[5]. En Chile, la Constitución garantiza a las personas migrantes la igualdad ante la ley (art. 19.2), a residir y permanecer en cualquier lugar de la República (art. 19.7 a), el derecho a la libertad personal y seguridad individual (19.7), el derecho a la protección de la salud (19.9) y a la educación (art. 19.10), a la libertad de trabajo y su protección (art. 19. 16), y el derecho al voto (art. 14), entre otros.

En 1990 se adoptó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares que aporta una definición del/la trabajadora migratorio/a y establece derechos específicos para esta población. Estos derechos se extienden a todos, de manera independiente a su condición migratoria (regular o irregular) y se reconocen derechos adicionales a quienes tienen regularizada su situación.

La Convención entró en vigor en 2003 y a la fecha ha sido ratificada por 46 países en desarrollo, entre ellos Chile. Las naciones desarrolladas, principales receptoras de migración, se han abstenido de hacerlo pues consideran que el instrumento no distingue entre migrantes regulares e irregulares –otorgando a estos últimos derechos que no figuran en otros tratados–, y que las disposiciones de no discriminación dificultarían la introducción de programas de migraciones temporales (Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, 2005). Esta situación es indicadora de la complejidad del tema migratorio en el que se cruzan dimensiones económicas, políticas, sociales y culturales, además de

5 La Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales contienen disposiciones que los protegen, y varias convenciones –contra la discriminación racial y la tortura, los derechos de niños y de las mujeres– disponen protección más específica a la población migrante. Se agregan el Convenio de la ONU de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y su protocolo de 1967, la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares y los dos protocolos sobre la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, que entraron en vigor en 2003 y 2004 respectivamente.

consideraciones de seguridad de los Estados sobre todo a partir de la relación que se ha buscado establecer entre migración y terrorismo internacional.

Se puede señalar, sin embargo, que en tanto característica del mundo contemporáneo la migración pasó a ser materia de particular preocupación en el campo de los derechos humanos y tema de las conferencias mundiales, en particular, forma parte de la Declaración y Plan de Acción de Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Cairo 1994) y de la Conferencia Mundial sobre Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y otras Formas Conexas de Intolerancia (Durban 2001). Tanto el sistema internacional de derechos humanos en 1999, como el interamericano en 1997, crearon relatorías especiales sobre derechos de los migrantes cuyos mandatos se han reiterado hasta la fecha. Destaca el hecho que la Comisión IDH amplió, en marzo de 2012, los ámbitos de examen de la Relatoría en la región para incluir a solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, desplazados/as internos/as, así como otros grupos de personas vulnerables en el contexto de la movilidad humana, y no solo a los trabajadores migratorios y sus familias.

La migración dejó de ser un asunto de exclusiva competencia doméstica de los Estados para convertirse en una materia que requiere de la cooperación internacional para abordarla efectivamente (CEPAL, 2006). La comunidad internacional y regional se ha dotado de varias iniciativas dirigidas a profundizar el debate sobre migración internacional y consensuar cursos de acción[6], y se han adoptado acuerdos específicos en procesos de integración que involucran a varios países como es el caso de la Comunidad Andina de Naciones y el MERCOSUR. En noviembre de 2012 se realizará en Chile la XII Conferencia Sudamericana de Migraciones, instancia de encuentro de los Estados de la región orientada a generar y coordinar iniciativas y programas dirigidos a promover y desarrollar políticas sobre las migraciones internacionales y su relación con el desarrollo y la integración regional. En su declaración de principios –adoptados en Bolivia en octubre de 2010, en el marco de la X Conferencia–, la Conferencia Sudamericana afirmó que "la persona migrante es un sujeto de derecho, protagonista central de las políticas migratorias y en consecuencia un actor social y político con capacidad transformadora y responsabilidades en la integralidad del espacio migratorio en el que se desenvuelve. Las personas migrantes en su proceso de inserción e integración como de vínculo, se transforman en actores fundamentales en el desarrollo humano, económico, cultural, social y político"[7].

Aun cuando los países en general declaran la necesidad de respetar los derechos humanos de la población migrante, la realidad muestra que su respeto y efectivo goce se mantiene como un desafío particularmente para aquellas personas indocumentadas, las mujeres y los niños y niñas. A la ausencia de legislaciones adecuadas se suman prácticas institucionales y conductas discriminatorias, xenófobas y excluyentes en las sociedades de destino. La Corte IDH ha señalado que "si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes"[8].

Asuntos de particular preocupación son la trata de personas y el tráfico de migrantes. Estos crímenes internacionales se configuran sobre la base de operaciones comerciales con seres humanos y requieren de redes de traficantes o tratantes para consumarse; se diferencian, sin embargo, en sus fines y en su objeto. El tráfico ilícito de migrantes consiste en "la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material" (art. 3 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional). El tráfico de migrantes es un delito de

6 A nivel internacional se pueden mencionar: Diálogo Internacional sobre Migración e Iniciativa de Berna en 2001, y la conformación de la Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales en 2003. En la región: la Conferencia Regional sobre Migración en 1996 y la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones en 2000. (Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, 2005).

7 Declaración de Principios Migratorios y Lineamientos Generales de la Conferencia Sudamericana de Migraciones. Adoptada en la Décima Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, realizada los días 25 y 26 de octubre del 2010 en Cochabamba, Estado Plurinacional de Bolivia.

8 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218, párr. 97.

acuerdo a lo que señala el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional[9]. La trata de personas, en cambio, es un delito contra la persona, pues tiene como propósito su explotación con fines sexuales, laborales, de esclavitud o practicas análogas a la esclavitud. Los fines de la trata importan violaciones a los derechos humanos. El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, establece como obligaciones del Estado prevenir, investigar y penalizar este delito y proteger a las víctimas.

NECESIDAD DE UNA NUEVA POLÍTICA MIGRATORIA

La adopción de una nueva reglamentación y una política en materia migratoria se ha expresado como una necesidad dado el desfase entre la regulación actual y las características que hoy tiene la inmigración en Chile. Así lo señaló el INDH en su Informe Anual 2011 y fue recomendado por el Comité de la Convención de los derechos de las personas migrantes[10]. Si bien a la fecha de elaboración de este Informe el Poder Ejecutivo no ha enviado aún al Congreso el proyecto de ley para adoptar una nueva política en este ámbito, lo ha anunciado a través de los medios de comunicación en la voz del Subsecretario del Interior, de quien depende el Departamento de Extranjería y Migración (DEM).

Esta información ha dado lugar a opiniones y notas editoriales sobre la orientación que esa política debiera considerar. Un aspecto relevado tanto por el Subsecretario del Interior como el Ministro de Agricultura en los medios de comunicación ha sido la necesidad de revisar las categorías de visas que actualmente se otorgan a efectos de satisfacer la demanda interna de mano de obra calificada y no calificada que requiere el país (Yévenes & Peró, 2012) (Iriarte, 2012). Se ha hecho referencia a los requerimientos temporales de algunas ramas de actividad –como la agropexportadora– en ciertos momentos del año que la oferta interna no alcanza a suplir. También se ha explicitado la necesidad de calificaciones específicas deficitarias en el país, como algunas en el campo de la salud. Estos son asuntos propios de una política migratoria compleja, más cercana en sus consideraciones a las que tienen países con mayores niveles de desarrollo y bienestar. Esa complejidad requiere asumir que, sin perjuicio de la soberanía del Estado para definir quién ingresa y permanece en el territorio, la realidad migratoria actual combina distintas prácticas y modos de vivir la movilidad[11], y que en dicha realidad intervienen otros actores como los mercados, las empresas y grandes corporaciones, y las propias comunidades de migrantes. Estos escenarios obligan a nuevos abordajes y nuevas respuestas, entre estas, la regulación de las agencias privadas de contratación y de colocación de trabajadores/as migrantes a efectos de cautelar sus derechos humanos.

La norma migratoria vigente responde a consideraciones de seguridad nacional propias de la época en que fue adoptada (DL 1.094 de 1975), que deben ser superadas hacia otras inspiradas en estándares de derechos humanos. Como señala el Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, "El trato que un país les da a sus migrantes es una prueba del modelo de sistema político que intenta construir" (Abramovich, 2012). Esta visión no está instalada aún en Chile. Por el contrario, las preocupaciones y opiniones que han recogido algunos medios de comunicación, además de enfatizar las necesidades de mano de obra para el mercado y la producción interna,

9 El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire indica que "a) Por "tráfico ilícito de migrantes" se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material; b) Por "entrada ilegal" se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor (art. 3). Y dispone que "1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material: a) El tráfico ilícito de migrantes" (art. 6).

10 Comité de la Convención de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias CMW, CMW/C/CHL/CO/1.

11 En los diagnósticos y estudios sobre la migración se refieren movimientos circulares, definitivos o transnacionales. Las prácticas cotidianas de quienes migran en el contexto de un mundo globalizado han llevado al desarrollo del enfoque transnacional "definido como el proceso por el cual los transmigrantes, mediante sus actividades diarias, construyen y mantienen relaciones sociales, económicas y políticas que vinculan las sociedades de origen con los lugares de asentamiento, creando campos de interacción social que trascienden las fronteras nacionales" (CEPAL, 2006).

alertan sobre el manejo que debe hacer la política para "no atraer a aquellos que pretendan exclusivamente beneficiarse de sistemas de protección social, como tampoco a quienes no estén dispuestos a integrarse armónicamente a la comunidad nacional" (La Tercera, 2012).

Desde una perspectiva de derechos humanos, la nueva política en este ámbito debiera abordar, entre otros, los desafíos vinculados a la discriminación, el acceso a la justicia y el ejercicio de los derechos políticos.

En el ámbito normativo y de acceso a la justicia es necesario revisar las normas procesales que regulan la expulsión de extranjeros/as del país, en particular, el margen de discrecionalidad que tiene el Ministro del Interior y Seguridad Pública en estas decisiones, y dar garantía de acceso a recursos judiciales oportunos y efectivos a las personas afectadas. La Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana ha informado a la Corte Suprema sobre las situaciones que provocan las atribuciones otorgadas a los órganos que regulan y determinan el futuro de la situación migratoria, entre estas: i) la expulsión decretada por la Intendencia no es recurrible ante la Corte; ii) con frecuencia se incumple el requisito de notificación escrita de la medida y la persona afectada toma conocimiento de ella en el momento de su detención; iii) las Cortes de Apelaciones tienden a no acoger las acciones de protección y amparo en contra de los decretos y resoluciones de expulsión con el argumento que "existe una vía administrativa idónea para reclamar –en el caso de las resoluciones exentas– o que existen recursos especiales ante la Excma. Corte Suprema –en el caso de los decretos supremos–"[12]. La vulneración del debido proceso y la discriminación que actualmente caracteriza las normas ha sido objeto de requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, en particular respecto de los artículos 13, 64 Nº 2 y 67 de la Ley de Extranjería (D.L. Nº 1094 de 1975)[13].

El INDH ha presentado dos *amicus curiae* durante 2012 ante el Tribunal Constitucional donde se pronuncia a favor de la declaración de inaplicabilidad del inciso primero del artículo 13 y del inciso segundo del artículo 67 del Decreto Ley 1094/75, por generar efectos contrarios a la Constitución en la gestión judicial pendiente[14]. El Instituto estima que la primera norma vulnera el derecho a la igualdad (19 Nº 2) al establecer diferencias no justificadas en razón de la nacionalidad, diferenciando entre personas chilenas y extranjeras. Se sostiene a su vez que el inciso segundo del artículo 67 que consagra la sanción de abandono no cumple el test de proporcionalidad y no establece garantías judiciales suficientes que permitan, a la persona sancionada, hacer valer su defensa de manera adecuada (19 Nº 3). Además, se considera que el inciso primero del artículo 13 transgrede en el caso concreto el artículo 7 de la Constitución, al disponer de una facultad discrecional que no contempla los elementos mínimos necesarios para el ejercicio constitucional de una potestad discrecional.

En tal sentido representa un avance la reciente sentencia de la Corte Suprema que acogió un recurso de amparo presentado por una ciudadana colombiana respecto de quien se decretó su expulsión del país por infringir la normativa de inmigración[15]. En fallo unánime, la Corte sentenció "[q]ue el mencionado decreto se ampara en lo previsto en los artículos 66 y 64 del Decreto Ley Nº 1094, en particular el inciso final de esta última norma, que consigna como causa de rechazo de solicitud de permanencia las razones de conveniencia o utilidad nacionales. Tales definiciones son conceptos jurídicos indeterminados, lo que implica que a ellos debe otorgarse un contenido concreto por parte de la autoridad que los utiliza. Dentro de ese contexto, surge que los conceptos en examen tienen relación con la protección de la seguridad del Estado y los cimientos de la institucionalidad, por cuanto respaldan el interés, en general,

12 Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, pone en conocimiento del pleno de la Excma. Corte Suprema de la grave situación que afecta los extranjeros en Chile, oficio de la CAJ presentado el 12 de abril de 2012.

13 Los requerimientos han sido interpuestos por un ciudadano y una ciudadana haitianos (Rol Nº 2257 y 2273, del 19 de junio y 27 de junio de 2012 respectivamente), y el Tribunal Constitucional los ha admitido a trámite.

14 En la causa rol 2257-12-INA, sobre requerimiento de inaplicabilidad presentado por la Sra. Sonia Fortilus, de nacionalidad haitiana, en los autos caratulados "Fortilus Sonia con Ministerio del Interior y Seguridad Pública", Rol Nº 6118-2012 de la Corte de Apelaciones de Santiago. Y, en la causa Rol Nº 2273-12-INA, sobre requerimiento de inaplicabilidad presentado por el Sr. Daniel Alerte, de nacionalidad haitiana, en los autos caratulados "Alerte Daniel con Ministerio del Interior y Seguridad Pública", causa Rol Nº 21751-2012 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

15 Causa rol 7018-2012.

de la nación. Sin embargo, el acto irregular que motivó la decisión de revocación del permiso, orden de salida y posterior abandono del país, respecto de la amparada, no aparece como una transgresión que afecte los intereses que se pretende tutelar a través de la norma en examen, al ser, por cierto, una actuación indebida, pero que se lleva a cabo en una sola oportunidad, en un ámbito privado y familiar, pretendiendo buscar el bienestar del grupo, por lo que aparece entendible, no siendo, además, una conducta permanente llevada a cabo con fines ilícitos".

Otro asunto a ser abordado dice relación con la condición ciudadana de los y las migrantes en Chile y sus derechos políticos. La Constitución establece que "los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13, podrán ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la ley", y agrega que "los nacionalizados […] tendrán opción a cargos públicos de elección popular sólo después de cinco años de estar en posesión de sus cartas de nacionalización" (art. 14). Es decir, las personas inmigrantes con residencia definitiva tienen derecho a voto pero no a ser elegidas, salvo que se nacionalicen. Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (18.695) dispone que para ser elegido concejal se requiere "ser ciudadano con derecho a sufragio" (art. 73, a). En atención a esta última norma, dos inmigrantes peruanos –un hombre y una mujer– solicitaron inscribir sus candidaturas a concejales en la comuna de Santiago, la cual fue rechazada por el SERVEL Metropolitano sobre la base de la disposición constitucional. La situación planteada debe ser revisada a la luz de los estándares que establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos respecto de los derechos de participación en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; y de votar y ser elegidos en elecciones periódicas (art.25 letras a y b), así como de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 23). El Comité de Derechos Humanos constata que "Las distinciones entre los que tienen derecho a la ciudadanía por motivo de nacimiento y los que la adquieren por naturalización pueden plantear cuestiones de compatibilidad con las disposiciones del artículo 25"[16]. Por su parte, la Corte IDH, interpretando el art. 23 de la CADH, ha planteado que la aplicación "de requisitos para ejercitar los derechos no constituye, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos. Sin embargo, la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias […]"[17]. La misma Corte ha establecido que tales exigencias son que las causales de restricción estén establecidas por ley, que sean aquellas permitidas por la CADH y que sean necesarias en una sociedad democrática[18].

Chile no puede estar ajeno al cumplimiento de estas obligaciones internacionales y debe avanzar hacia la adecuación de su legislación interna a los estándares contenidos en la Convención de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, y otros tratados internacionales de derechos humanos. En consecuencia, a la hora de adoptar una nueva norma sobre migraciones debe preocuparse por cautelar que, entre otros aspectos, las distinciones entre calidades migratorias (tipos de visados) no constituyan discriminaciones arbitrarias.

TRATA DE PERSONAS

En materia de trata de personas, Chile se ha convertido gradualmente en un país de origen, tránsito y destino de trata de hombres, mujeres, niñas y niños con fines específicos de explotación sexual y laboral (INDH, 2011). Con el objeto aportar a la reflexión y el intercambio de experiencias entre países en el abordaje de estos delitos desde una perspectiva de derechos humanos, el INDH organizó un seminario en octubre de este año sobre trata de personas y tráfico de migrantes. En él se revisaron los estándares contenidos en los instrumentos internacionales, se analizó la situación actual en Chile y la región y se presentaron diversas perspectivas en relación al acceso a la justicia de las víctimas y a las políticas públicas del Estado de Chile. En el seminario expusieron personas expertas, entre estas la

16 Observación General Nº 25, párr. 3.

17 Corte IDH, Caso Castañeda Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C Nº 184, párr. 174.

18 Ibídem, párrs. 176, 180 y 185.

Relatora Especial de las Naciones Unidas para la Trata de personas y la Directora de la OIT en Brasil.

A lo largo de las presentaciones realizadas en dicha jornada, quedó claro que ante situaciones como la trata y tráfico de personas, la acción individual de un Estado puede no ser suficiente para desarticular las redes de criminalidad organizada que sustentan estos crímenes y dar la debida protección a las víctimas. El Estado chileno debe, por tanto, llevar adelante iniciativas que permitan establecer puentes de cooperación con otros Estados, la sociedad civil organizada y, en general, con la comunidad internacional. Sólo de esta forma podrá visibilizar las complejas aristas que rodean este delito para cumplir cabalmente con la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos. En esta perspectiva, el seminario tuvo una amplia convocatoria, lo que da cuenta de la necesidad de crear espacios abiertos de capacitación y discusión con funcionarios/as públicos de una variedad de servicios, estudiantes, organizaciones civiles, y migrantes donde estos ilícitos puedan ser abordados desde distintos enfoques.

Durante el año 2012 el país ha conocido de varios casos de trata de personas, principalmente con fines de explotación sexual y laboral. Prima en ellos el alto grado de desamparo económico y vulnerabilidad de las víctimas, y el poco conocimiento que tienen sobre los derechos que les asisten. El pasado mes de agosto, el INDH interpuso una nueva querella por trata de personas[19] que afecta esta vez a ciudadanas colombianas que fueron trasladadas con engaño a Chile y obligadas bajo coacción y amenaza a prostituirse. En el año también se ha conocido de casos de explotación sexual de jóvenes en el sur del país; una investigación realizada por SERPAJ señala que "de acuerdo a la información recabada existirían redes concertadas para trasladar jóvenes desde y hacia islas cercanas al puerto de Quellón, con fines de ser explotadas sexualmente" (Serpaj Chile, 2011).

En el período de este Informe destacan dos hechos positivos en torno a los esfuerzos por erradicar la trata de personas. El primero refiere a la reactivación de la Mesa Intersectorial sobre trata de personas[20], creada en 2008 con el objetivo de coordinar las acciones, planes y programas de los distintos actores institucionales en la prevención, represión y sanción del delito, especialmente de mujeres y niños[21]. La Secretaria de la Mesa propició la realización de un diagnóstico sobre las capacidades de respuesta estatal frente a este delito (Ministerio del Interior y de Seguridad Pública, 2012), cuyos resultados fueron presentados en julio de este año.

Según la información recolectada en el diagnóstico del Ministerio del Interior, entre 2007 y 2011 hubo 113 denuncias relacionadas con trata de personas, que involucran a 220 víctimas –38% menores de edad y 64% mujeres–. Se reconoce, sin embargo, que los datos subregistran el problema dado que la mayoría corresponden a casos detectados antes de la promulgación de la Ley que tipifica la trata de personas y tráfico ilícito de migrantes (Ley 20.507, abril de 2011), y porque existe una cifra oculta asociada a la no denuncia de las víctimas en virtud de limitaciones a su libertad y/o temor a sanciones por incumplimiento de la legislación migratoria. En el mismo período se desarrollaron 128 investigaciones por parte de Carabineros y la PDI, que dieron como resultado 63 personas detenidas (56% en la región Metropolitana y 11% en Arica y Parinacota) y 10 condenas judiciales[22].

19 Esta es la cuarta querella sobre este tipo de delitos que presenta el INDH. En septiembre de 2011 presentó la primera, cuando se conoció el caso de 34 ciudadanos/as paraguayos/as sometidos a explotación laboral por parte del empresario agrícola Francisco Javier Errázuriz Talavera. A la fecha se encuentran formalizadas dos personas en calidad de autor y cómplice; respecto del empresario, la causa se encuentra suspendida por razones de salud (Fiscalía Regional de Rancagua, RIT 457 - 2011, RUC 1110028038-K). El segundo corresponde a un caso de Tráfico de Migrantes que afecta a 43 ciudadanos peruanos; el Instituto presentó querella criminal contra el empresario de la sexta región, Eugenio Mujica Mujica. El imputado se encuentra formalizado y sujeto a medidas cautelares de baja intensidad (firma y arraigo) (Juzgado de Garantía de Santa Cruz, RIT 582-2012). La tercera corresponde a un caso de trata de ciudadanas de República Dominicana, el cual se desarrolla más adelante en este capítulo.

20 Decreto Nº 2.821, del 31 de julio de 2008.

21 Participan en la Mesa: Ministerio del Interior y Seguridad Pública (Subsecretaria de Interior y Subsecretaria de Prevención del Delito), Policía de Investigaciones de Chile (PDI), Carabineros de Chile, Ministerio de Justicia, Ministerio del Trabajo, Ministerio Público, Ministerio de Relaciones Exteriores, Servicio Nacional de Menores (SENAME), Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), Agencia Nacional de Inteligencia y Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (Directemar). El INDH se ha integrado recientemente a este espacio intersectorial.

22 En el Informe Anual de Trata de Personas 2012 del Departamento de Estado de Estados Unidos, respecto de Chile se constata que niñas y mujeres de otros países de la región –Argentina, Bolivia, Perú, Paraguay, Colombia y República Dominicana- son captadas y trasladadas al país con engaños y bajo coacción obligadas a prostituirse. Respecto de la explotación laboral, se conocen casos de ciudadanos de Bolivia, Perú, Colombia, Ecuador y China que han sido forzados a trabajar en actividades mineras y agrícolas en condiciones inhumanas.

El diagnóstico del Ministerio del Interior da cuenta de cierta capacidad de respuesta en algunas reparticiones públicas, entre estas, la apertura de una casa de acogida para las víctimas de trata por parte de SERNAM, la existencia de personal capacitado en el Ministerio del Interior, las dos policías y el SENAME, y el desarrollo de acciones de prevención dirigidas a sensibilizar a la sociedad, motivar la intervención de actores sociales y facilitar que las víctimas se perciban como tales. Al mismo tiempo, el diagnóstico del Ministerio del Interior repara en los déficits al indicar que "no existe un nivel de respuesta homogéneo y uniforme entre los organismos públicos con competencia directa e indirecta en el área". A los bajos niveles de coordinación intersectorial se agrega la inexistencia de un sistema unificado de recolección, registro y análisis de datos y estadísticas, carencia de protocolos de trabajo y debilidades en la formación de personal técnico especializado. El país no cuenta con una estrategia o campaña nacional de difusión y sensibilización, y centros especializados de atención a víctimas. En contraste, el diagnóstico reconoce "la experiencia presente en organizaciones de la sociedad civil, en este sentido, el rol que durante años han cumplido varias de estas organizaciones y el nivel de articulación que presentan las constituyen en actores relevantes para el diseño de intervención para abordar esta problemática" (Ministerio del Interior y de Seguridad Pública, 2012).

En mayo de 2012, el Ministerio del Interior suscribió un convenio de asistencia técnica y colaboración mutua con la Secretaria General de la Organización de Estados Americanos (OEA) para el fortalecimiento de las capacidades institucionales en la lucha contra el crimen organizado, con especial énfasis en la trata de personas y tráfico de migrantes. En el marco de este convenio, en julio de este año se desarrolló el *Curso-Seminario Prevención y Control de la trata de personas. Fortalecimiento de las capacidades de respuesta, primer diagnóstico nacional y próximos pasos,* en el que participaron las instituciones vinculadas a la Mesa Intersectorial, algunas ONG y el INDH. Además de la capacitación y el conocimiento de experiencias de otros países de la región, el foro permitió trabajar de manera conjunta los lineamientos generales y ejes que debiera contener la estrategia nacional contra la trata de personas.

Sobre esta base, la Mesa intersectorial discute actualmente un plan de acción contra la trata de personas que tiene como ejes estratégicos: i) la prevención y sensibilización, ii) el control del delito, iii) la protección y la asistencia a las víctimas, y iv) la cooperación y coordinación interinstitucional. Se establecen allí acciones, metas e indicadores, e instituciones responsables hasta fines del 2013. Particularmente importante es el propósito de desarrollar un sistema unificado de recolección, registro y análisis de datos. La activación de la Mesa y la estructuración de un plan de acción son eventos destacables que marcan avances en una respuesta estatal integral a este crimen internacional.

El segundo hecho de relevancia ocurrido en 2012 dice relación con el primer juicio y la primera condena por trata de personas en la que se aplicó la legislación adoptada en abril de 2011. El caso se refiere a una red de trata de personas, cuyos integrantes fueron detenidos en operativos realizados la noche del 25 de mayo de 2011 y formalizados por los delitos de trata con fines de explotación sexual y asociación ilícita, delitos cometidos en contra de tres mujeres de nacionalidad dominicana[23]. Dos de ellas fueron captadas en su país y traídas con engaño a Chile; la tercera fue contactada en Santiago y obligada a ejercer la prostitución. En uso de sus facultades legales, el INDH se hizo parte de la querella criminal. El 4to Tribunal Oral de lo Penal de Santiago dictó sentencia condenatoria por el delito de trata y el de asociación ilícita[24].

El proceso judicial también evidenció los desafíos pendientes: en la parte investigativa, es necesario fortalecer la cooperación internacional. En efecto, constituyó una dificultad recabar el testimonio de una de las víctimas que había regresado a su país. La declaración llegó luego de finalizada la etapa de investigación, por lo cual su caso no pudo ser considerado por el tribunal. Otro desafío es la adecuada atención a las víctimas entendiendo que "la extrema presión psicológica a la que es sometida la víctima, la historia de daño naturalizado así como las particularidades de cada circunstancia de captación, traslado y acogida, obliga a que se

23 RUC Nº 1100440193-1, RIT Nº 199-2012.

24 El tribunal condenó a tres personas por el delito de trata contra M.P.L. y a dos personas por igual delito contra Y.E.O.; también condenó a 4 personas por asociación ilícita.

suma que la protección no siempre va a ser fácil de asumir" (Araya & Retuerto, 2012). Por último, el INDH ha constatado la necesidad que exista personal experto en este tipo de delitos que pueda aclarar a los tribunales los procesos a que son sometidas las víctimas que –como ocurrió con una de ellas en este caso– las lleva a retractarse de sus declaraciones, además de garantizar los recursos financieros que posibilitan la adecuada protección y apoyo a las afectadas[25].

Este año, el Comité de la CEDAW expresó al Estado "su profunda preocupación por la falta de medidas preventivas para hacer frente a las causas profundas de la trata, así como por la falta de un mecanismo de identificación de víctimas para facilitar la aplicación de la nueva ley, la rehabilitación, la protección y la provisión de refugios temporales para las mujeres y niñas víctimas de la trata. Además, al Comité le preocupa la falta de información sobre el alcance de la trata de mujeres y niñas, en particular, la trata interna desde las zonas rurales a las zonas urbanas […]" (párr. 22)26. Entre sus recomendaciones al Estado, el Comité incluyó la necesidad de "[a]umentar el número albergues temporales del estado para mujeres y niñas víctimas de la trata y brindarles protección y asistencia adecuadas, en particular mediante programas de rehabilitación social y de reintegración" (párr. 23 e) y "[a]umentar sus esfuerzos en la cooperación internacional, regional y bilateral con los países de origen, tránsito y destino de trata de personas para prevenir la trata mediante el intercambio de información y armonizar los procedimientos legales dirigidos a la persecución y el castigo de los/as tratantes (párr. 23 f)".

DISCRIMINACIÓN Y XENOFOBIA

Difícilmente se reconoce el aporte de la inmigración antigua y actual al desarrollo de Chile, y en general estas voces provienen de las organizaciones de derechos humanos y órganos de iglesias que trabajan por los derechos de la población migrante en el país. La encuesta realizada por Alianza Comunicación y Pobreza en la región metropolitana muestra que los y las migrantes indican recibir mejor trato de los servicios públicos que de los chilenos y chilenas en general y de los medios de comunicación: 41% se ha sentido discriminado en el país (47% de los hombres y 37% de las mujeres entrevistados/as), y el 37% lo ha sentido a través de insultos sin motivo puntual por parte de chilenos/as de hecho; 42% considera que ser extranjero está asociado a noticias negativas en los medios de comunicación (Alianza Comunicación y Pobreza, 2012)[27].

El rol de los medios de comunicación en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas de intolerancia ha sido relevado en Declaraciones y Programas de Acción desarrollados por la comunidad internacional. En particular, la Declaración de la Conferencia Mundial contra el Racismo (Durban, 2001) consigna que "algunos medios de comunicación, al promover imágenes falsas y estereotipos negativos de grupos y personas vulnerables, en particular migrantes y refugiados, han contribuido a la difusión de sentimientos racistas y xenófobos entre el público y, en algunos casos, han alentado la violencia por parte de individuos y grupos racistas"[28].

Al INDH le preocupa el modo en que los medios de comunicación social presentan una imagen distorsionada de las comunidades migrantes y hace un llamado a asumir su responsabilidad en la construcción de una cultura de la integración[29].

25 Entre estos, servicios de traducción.

26 Comité CEDAW, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Chile, CEDAW/C/CHL/CO/5-6, 16 de octubre de 2012.

27 El universo de la encuesta fue: migrantes mayores de 18 años en situación de pobreza que habitan en la Región Metropolitana hace al menos 6 meses.

28 Declaración y Programa de Acción de Durban, párr. 88 y ss.

29 Ver capítulo sobre medios de comunicación social y derechos humanos en este informe.

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, V. (19 de Septiembre de 2012). Ciudadanía política e integración regional. Página 12. Alianza Comunicación y Pobreza. (2012). Ser migrante en el Chile de hoy. Santiago: UDP, Escuela de Periodismo; Hogar de Cristo; Avina; Fundacion para la superación de la pobreza; América Solidaria.

Araya, D., & Retuerto, I. (2012). Hacia una protección integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de trata de personas en Chile. Nuevas condiciones y desafíos pendientes. En *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile*. *Avances y desafíos.* Santiago: ACNUR, OIM, UNICEF. CEPAL. (2006). *Cuatro temas centrales en torno a la migración internacional, derechos humanos y desarrollo.* Montevideo. Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales. (2005). *Migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar.* Ginebra.

INCAMI. (2012). *Migración en Chile.* Recuperado el 24 de septiembre de 2012, de Instituto Católico Chileno de Migración: http://www.incami.cl

INDH. (2010). *Informe Anual 2010 Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

INDH. (2011). *Informe Anual 2011 Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

Iriarte, L. (14 de julio de 2012). Gobierno descarta elevar límite de 15% de trabajadores extranjeros en la agricultura. *El Mercurio,* pág. B10.

La Tercera. (19 de septiembre de 2012). Consideraciones para definir una política de inmigración. pág. 25. Ministerio del Interior y de Seguridad Pública. (2012). *Diagnóstico sobre capacidades de respuesta estatal en materia trata de personas.* Santiago.

MINVU. (2012). *Catastro 2011: Mapa social de campamentos.* Santiago: Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

Serpaj Chile. (2011). *Aproximaciones a las modalidades de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en la comuna de Quellón.* Puerto Montt. Stefoni, C. (2011). Perfil migratorio de Chile. Santiago: OIM.

Yévenes, P., & Peró, A. (15 de julio de 2012). Migración: el inédito proyecto del Gobierno que busca flexibilizar la entrada de extranjeros a Chile. El Mercurio, págs. D8-D9.

4

DERECHOS DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES



Fotografía: Enrique Cerda



DERECHOS DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

4

El envejecimiento de la población chilena es una realidad innegable que se demuestra en los estudios demográficos desarrollados en los últimos años y que seguirá acentuándose en las próximas décadas. Según la CASEN 2011, Chile tiene una población adulta mayor que asciende a 2.638.351 personas y representa un 15,6% del total nacional.

Este proceso de envejecimiento y las desiguales condiciones en que esto ocurre al interior de nuestra sociedad configuran un complejo escenario para el ejercicio de derechos por parte de las personas adultas mayores y suponen un desafío para el Estado, tanto en la generación de un marco normativo como de políticas públicas acordes a los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011). En este contexto, una pregunta relevante es la forma en que fenómenos como la desigualdad social y la dependencia acentúan los obstáculos que la población adulta mayor experimenta en el disfrute de sus derechos humanos[1].

En materia de desigualdad social, la CASEN 2011 muestra que solo un 24,5% de las personas mayores tiene una fuente laboral, y por tanto posee ingresos que complementen los $ 52.744 pesos promedio que obtienen por concepto de pensiones y aportes previsionales; asimismo, el nivel de empleo es mayor para los grupos de mayor nivel socioeconómico (Ministerio de Desarrollo Social, 2012a). Esto evidencia que gran parte de la población adulta mayor debe costear sus gastos, sobre todo en medicamentos, a través de las pensiones que reciben. Si a esto se suma que un 60,6% asume el rol de jefe/a de hogar y tiene bajo su responsabilidad económica al menos a una persona (Ministerio de Desarrollo Social, 2012a), se configura un panorama en el que el bienestar material es precario y la aspiración por una mejor calidad de vida se encuentra tensionada por la falta de ingresos, particularmente en los sectores de menor nivel socioeconómico. Esto es particularmente complejo en el caso de las mujeres, quienes reciben en promedio UF 1,91 menos que los hombres en sus pensiones de vejez[2].

Por otra parte, el deterioro funcional y la situación de dependencia que afecta a una de cada cuatro personas adultas mayores abre otro ámbito de tensión en el ejercicio de los derechos humanos, relacionado con la falta de autonomía e independencia en la toma de decisiones sobre asuntos que les afectan (Servicio Nacional del Adulto Mayor, 2010). Al respecto, la respuesta del Estado ha sido débil y de carácter subsidiario, pues el cuidado de las personas adultas mayores dependientes ocurre mayoritariamente bajo el alero de los recursos familiares.

La celebración de la Tercera Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe, desarrollada en San José de Costa Rica entre los días 8 y 11 de mayo de 2012, muestra la preocupación que la situación de las personas adultas mayores plantea para la

1 De acuerdo a SENAMA, la dependencia es el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas, o ayudas importantes, para realizar actividades básicas de la vida diaria. En términos prácticos, en Chile se mide a través de la Escala de Evaluación Funcional Katz, que clasifica la valencia de una persona en cuatro niveles: autovalente, dependiente leve, dependiente moderado y dependiente severo o postrado. Para mayor información ver el Decreto 14/2010 del Ministerio de Salud, artículo 16.

2 Para mayor información consultar el capítulo sobre derecho a la seguridad social de este Informe.

región. En esta instancia se realizó un seguimiento al Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento –adoptado hace diez años– así como a los compromisos adquiridos por los países miembros de la CEPAL en la Declaración de Brasilia[3].

Como resultado de este encuentro se elaboró la Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe, de la cual Chile es parte, la que releva la necesidad de contar con una convención internacional para la promoción y protección de los derechos humanos de las personas adultas mayores, y solicita la designación de un Relator Especial en la materia (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2012). Además de reafirmar que la autonomía e independencia en la toma de decisiones, así como la participación política, pública y social, son derechos fundamentales de las personas mayores que los Estados tienen el deber de garantizar y respetar, los países se comprometieron a tomar medidas concretas en varios ámbitos, cuyos avances serán revisados en junio de 2013.

En este marco, durante el año 2012 han tenido lugar diversos anuncios en materia normativa y de políticas públicas que podrían mejorar la situación de las personas adultas mayores en Chile, sobre todo de aquellas que viven en situación de vulnerabilidad social y dependencia.

NORMATIVA NACIONAL Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

En el ámbito normativo, la Carta de San José[4] insta a la adopción de: i) leyes especiales y medidas administrativas que prohíban todos los tipos de discriminación y garanticen un trato diferenciado y preferencial para las personas adultas mayores en todos los ámbitos, ii) medidas de acción afirmativa que promuevan su desarrollo e integración social, y iii) normas que promuevan la participación de las personas mayores en las organizaciones de la sociedad civil y en los consejos, así como en la formulación, implementación y monitoreo de las políticas públicas que les conciernen. A nivel de políticas públicas, se insta a la elaboración de planes y programas que promuevan la concientización de los derechos humanos de la población adulta mayor, el trato digno y una imagen positiva del proceso de envejecimiento; así como la disposición de recursos financieros que permitan materializar estas estrategias (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2012, párr. 6).

Asimismo, los países comprometen la realización de acciones específicas en diversas materias. En seguridad social se espera, entre otras cosas, que los países avancen en la universalización del derecho a la seguridad social y que garanticen la sostenibilidad a largo plazo de las pensiones, tanto contributivas como no contributivas. En el ámbito de la salud, los compromisos tienen relación con: i) la universalización del derecho a la salud, ii) la creación de políticas integrales en salud preventiva y rehabilitación, iii) la adopción del enfoque gerontológico en los diferentes niveles de atención en salud, iv) el aseguramiento de la atención multidisciplinaria en salud, v) facilitar el acceso a medicamentos, equipamientos, ayudas técnicas y cuidados paliativos, vi) asegurar el derecho a un consentimiento previo, libre e informado para toda intervención médica, vii) la protección de la dignidad de las personas institucionalizadas mediante la supervisión periódica de los establecimientos, viii) la capacitación en gerontología de los equipos que atienden en los servicios de salud, y ix) el diseño de políticas para el tratamiento eficaz de enfermedades transmisibles y no transmisibles. Mientras, en el área de servicios sociales los compromisos de los países participantes se relacionan principalmente con la creación de programas y prestaciones para el cuidado domiciliario de las personas adultas mayores que lo requieran, sin perder de vista la promoción de su independencia, autonomía y dignidad (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2012, párr. 7º).

En el ámbito del trabajo, se insta a los Estados a dar igualdad de oportunidades para que todas las personas adultas mayores puedan generar ingresos, tengan acceso a crédito, se capaciten y accedan a trabajos adecuados a sus capacidades

3 Esto, como una contribución regional al 51º período de sesiones de la Comisión de Desarrollo Social de Naciones Unidas, la cual se reunirá en febrero 2013.

4 Debido a que no existe una convención sobre personas adultas mayores, el Estado –a través de SENAMA– trabaja en base a los estándares de la Carta de San José (2012), la Declaración de Brasilia (2007), la Estrategia regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2003) y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre Envejecimiento (2002).

(Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2012, párr. 8º). Respecto al derecho a la vivienda, se espera que los hogares sean adecuados, superen las barreras arquitectónicas y cuenten con un entorno seguro, saludable y equipado con servicios públicos (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2012, párr. 10º). En tanto, el derecho a la educación se debe materializar a través de la lucha contra el analfabetismo entre las mujeres y hombres mayores, el desarrollo de actividades recreativas, culturales y deportivas; reducir la brecha tecnológica e implementar programas para el diálogo intercultural de personas mayores pertenecientes a distintos pueblos indígenas y culturas (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2012, párr. 11º).

Por último, la Carta de San José hace hincapié en la erradicación de todo tipo de maltrato hacia las personas adultas mayores, a través de políticas, procedimientos administrativos y recursos judiciales que permitan restablecer sus derechos ante hechos de violencia física, psicológica y patrimonial (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2012, párr. 9º).

Todo lo anterior tiene estrecha relación con la recomendación del Comité CEDAW en torno a que los Estados deben reconocer la importancia de las personas adultas mayores para la sociedad, en especial las mujeres adultas mayores, quienes sufren múltiples formas de discriminación en razón de su edad. Al respecto, el Comité ha señalado que los Estados deben "reconocer que las mujeres de edad son un recurso importante para la sociedad y tienen la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para eliminar la discriminación contra las mujeres de edad. Los Estados partes deberían adoptar políticas y medidas, incluidas medidas especiales de carácter temporal, que tomen en consideración el género y la edad, de conformidad con el artículo 4, párrafo 1, de la Convención y con las Recomendaciones generales Nº 23 (1997) y Nº 25 (2004) del Comité, para velar por que las mujeres de edad puedan participar plena y efectivamente en la vida política, social, económica, cultural y civil, así como en cualquier otro ámbito de la sociedad"[5].

5 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general Nº 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos. CEDAW/C/GC/27, de fecha 16 de diciembre de 2010, párr. 29.

A nivel nacional, las personas adultas mayores gozan de los derechos y garantías que le corresponden a toda la población, tales como la igualdad de oportunidades, el derecho a la seguridad social y a la protección de la salud, más no existen referencias específicas sobre este grupo poblacional (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011).

Desde noviembre de 2011 a la fecha han ingresado al Parlamento varias mociones para fortalecer el marco legal que protege a las personas adultas mayores en el país. En el ámbito de reconocimiento de sus derechos, el 23 de mayo de 2012 se inició la tramitación del proyecto de ley que incorpora el derecho a la vejez digna en la Constitución, cuyo propósito es "posibilitar la inclusión social, política, económica, cultural de las personas de edad, a partir del reconocimiento por parte del Estado chileno de sus derechos"[6]. Esto se complementa con el proyecto de ley presentado el 24 de mayo de 2012, el cual busca establecer detalladamente los derechos de independencia, participación, acceso a cuidados, autorrealización y dignidad[7], lo cual está en línea con los estándares internacionales en la materia.

La protección patrimonial y la penalización del maltrato también son áreas de interés legislativo. En el ámbito patrimonial, el día 22 de diciembre de 2011 se presentó un proyecto de ley que busca resguardar los bienes raíces de las personas adultas mayores, sobre todo en el caso que la propiedad sea residencia de la persona adulta mayor y su familia[8]. En relación al maltrato y abandono se han presentado dos mociones que buscan complementar lo señalado en la Ley 20.427 que regula la violencia intrafamiliar e incluye el abuso hacia personas mayores, una de ellas para sancionar penalmente su abandono[9] y otra para establecer el

6 Boletín 8323-07, que agrega un numeral al artículo 19 de la Constitución Política de la República, incorporando el derecho a una vejez digna para los adultos mayores. A la fecha de redacción de este Informe, el proyecto se encontraba en primer trámite constitucional en el Congreso.

7 Boletín 8327-32, que establece derechos de los Adultos Mayores. A la fecha de redacción de este Informe, el proyecto se encontraba en primer trámite constitucional en el Congreso.

8 Boletín 8128-32, que modifica el Código de Procedimiento Civil, estableciendo la inembargabilidad del bien raíz que sirva de residencia principal para el adulto mayor y su familia, siempre que concurran las circunstancias que indica. A la fecha de redacción de este Informe, el proyecto se encontraba en primer trámite constitucional en el Congreso y había sido refundido con el Boletín 8092-32, presentado dos días antes y que abordaba la misma temática.

9 Boletín 8162-32 del 5 de marzo de 2012, que modifica el Código Penal, sancionando el abandono de adultos mayores. A la fecha de redacción de este Informe, el proyecto se encontraba en primer trámite constitucional en el Congreso.

otorgamiento de pensiones alimentarias a aquellas que se encuentren en estado de fragilidad y dependencia[10].

En términos institucionales, se presentaron proyectos de ley que aumentan las facultades del Servicio Nacional del Adulto Mayor (SENAMA) en dos áreas relevantes. La primera dice relación con la certificación de la calidad de los establecimientos de larga estadía[11] y el segundo con la facultad para representar los intereses de las personas adultas mayores en procesos judiciales[12]. Al respecto, se valora la presentación de estas mociones, en la medida que constituyen un aporte para avanzar hacia la protección de los derechos de esta población.

POLÍTICA NACIONAL DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

En junio de 2012 fue presentada la Política Integral de Envejecimiento Positivo para Chile, la cual organiza los esfuerzos desarrollados por el Estado para promover el reconocimiento de la vejez y la integración social de las personas adultas mayores (Servicio Nacional del Adulto Mayor, 2012).

En términos generales, esta política posee varios aspectos positivos. En primer lugar, el hecho de que haya sido elaborada por un Comité Técnico Interministerial[13] muestra la voluntad de buscar respuestas integrales y dinámicas a los problemas que afectan a este segmento de la población, así como el establecimiento de una red intersectorial que pueda abordar dichos desafíos. En segundo lugar, hace un reconocimiento de las personas adultas mayores como sujetos de derechos, lo cual obliga al Estado a actuar de garante. Y en tercer lugar, recoge principios relevantes como los de bienestar subjetivo y envejecimiento saludable, presentes en la Declaración Política de Madrid y su Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento, la Declaración de Brasilia y la Carta de San José.

En un horizonte de trece años, pues llega hasta 2025, la política se propone metas de corto, mediano y largo plazo en pos de alcanzar los siguientes propósitos: i) proteger la salud funcional de las personas mayores, ii) mejorar su integración y participación en distintos ámbitos de la sociedad, e iii) incrementar, de forma transversal, el bienestar subjetivo de las personas mayores (Servicio Nacional del Adulto Mayor, 2012).

En la perspectiva de abordar la dependencia, entre las medidas propuestas en la Política destacan la ampliación de la cobertura del Examen Médico Preventivo (EMPAM), de carácter gratuito, cuya función es detectar la pérdida de funcionalidad y los factores de riesgo asociados para desplegar un programa de salud con los apoyos necesarios; el incremento de los Centros Diurnos, de modo de fomentar la autonomía e independencia en la vida cotidiana a través de una intervención socioterapéutica; la creación de un programa de Cuidados Domiciliarios, entregados por personas capacitadas en la atención de personas adultas mayores; y la entrega de una subvención para la atención a 6.000 personas mayores en Establecimientos de Larga Estadía (ELEAM). A esto se suman las iniciativas que buscan abordar la violencia y abuso como la creación de protocolos de denuncia y derivación para los establecimientos de salud y otros servicios que reciban personas adultas mayores maltratadas, así como la apertura de una línea de atención especializada en la Corporación de Asistencia Judicial (Servicio Nacional del Adulto Mayor, 2012).

Por su parte, en la línea de afrontar la desigualdad social, así como los efectos que esta tiene sobre la calidad de vida de las personas mayores y el ejercicio de sus derechos, destacan la reducción focalizada en la cotización de salud para alrededor de un millón de pensionados/as, la ampliación de la cobertura del Programa de Condominios de Viviendas

10 Boletín 8296-32 del 9 de mayo de 2012, que establece obligación alimentaria mínima para adultos mayores que indica. A la fecha de redacción de este Informe, el proyecto se encontraba en primer trámite constitucional en el Congreso.

11 Boletín 8012-32 del 2 de noviembre de 2011, que certifica calidad de los centros de larga estadía de adultos mayores para su funcionamiento. A la fecha de redacción de este Informe, el proyecto se encontraba en primer trámite constitucional en el Congreso.

12 Boletín 8012-32 del 13 de diciembre de 2011, que faculta al SENAMA para representar los derechos de los adultos mayores en proceso judiciales. A la fecha de redacción de este Informe, el proyecto se encontraba en primer trámite constitucional en el Congreso.

13 El Comité Técnico Interministerial está integrado por los subsecretarios y representantes del Ministerio de Salud, Ministerio Educación, Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Ministerio de Economía, Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ministerio de Justicia, Ministerio de Desarrollo Social, Servicio Nacional de la Mujer, Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, Programa Elige Vivir Sano del Gabinete de la Primera Dama, Instituto Nacional de Deportes, Subsecretaría Prevención del Delito, Dirección de Presupuesto, Presidencia, Subsecretaria de Turismo y Servicio Nacional del Adulto Mayor.

Tuteladas en 400 cupos y un subsidio a la vivienda para familias de cuatro integrantes que incluyan una persona mayor (Servicio Nacional del Adulto Mayor, 2012).

Además, el gobierno ha anunciado la entrega de tres subvenciones para el próximo año: una de $ 84.000 per cápita para personas que residen en ELEAM y otras dos de $ 54.000 per cápita para quienes asisten a Centros Diurnos o reciban cuidados domiciliarios. Sin embargo, aún no se tiene claridad del presupuesto global que el Estado destinará para este fin en 2013[14] ni tampoco la forma en que serán focalizados (Ministerio de Desarrollo Social, 2012b).

El hecho de que solo se hayan materializado los anuncios relativos a aportes monetarios hace necesario relevar que si bien las subvenciones son necesarias, las acciones del Estado no debieran ir solamente en esta línea. En este sentido, respetar y garantizar los derechos de las personas adultas mayores requiere también de la concreción de programas e iniciativas intersectoriales como las propuestas en la Política Integral de Envejecimiento Positivo, que atiendan sus necesidades particulares y promuevan la igualdad de derechos y la no discriminación.

SITUACIÓN DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES QUE RESIDEN EN ESTABLECIMIENTOS DE LARGA ESTADÍA (ELEAM)

Dentro de la población adulta mayor, la situación de las personas institucionalizadas[15] y/o que presentan algún grado de dependencia constituye para el INDH una especial preocupación. Su reducida autonomía supone una limitación adicional en el ejercicio de sus derechos y propicia situaciones que pueden constituirse en vulneraciones de estos.

El deterioro físico y cognitivo que en muchas ocasiones acompaña el proceso de envejecimiento se traduce en situaciones de discapacidad y dependencia, llevando a las personas adultas mayores a requerir "del apoyo de otras personas –sobre todo del entorno social inmediato– para realizar las actividades cotidianas" (Servicio Nacional del Adulto Mayor, 2009, pág. 13). Además, en la medida en que la dependencia avanza requiere de la provisión de cuidados de largo plazo, los que en Chile ocurren principalmente en dos ámbitos: en la familia, a cargo mayoritariamente de las mujeres, y en los Establecimientos de Larga Estadía (ELEAM). De acuerdo al último catastro nacional existen 664 establecimientos que brindan cuidados de largo plazo en forma autorizada, tanto públicos como privados (Servicio Nacional del Adulto Mayor, 2008); y una cantidad indeterminada de centros que funcionan ilegalmente, que se estima sería cerca de la misma cantidad que los legalizados.

En cuanto a los mecanismos de fiscalización de los ELEAM, estos recaen en las SEREMI de Salud. De acuerdo a lo informado por 10 de estos Servicios, las inspecciones programadas se realizan entre una y dos veces por año con el objeto de verificar las condiciones sanitarias establecidas en los decretos que regulan el funcionamiento de estas residencias[16], a las que se suman las visitas derivadas de solicitudes y denuncias de particulares.

Según la información recabada, entre enero 2011 y septiembre 2012, las SEREMI de Salud han recibido un total de 123 denuncias sobre vulneración de derechos de las personas adultas mayores que viven en ELEAM, tanto por condiciones sanitarias, personal insuficiente como por malos tratos[17]. El mecanismo de actuación ante estas denuncias se inicia con la recopilación de antecedentes y, en caso

14 Oficio Nº 1150 del Servicio Nacional del Adulto Mayor, de fecha 28 de septiembre de 2012.

15 Corresponde a la persona que recibe cuidados en una institución, fuera de su núcleo familiar o comunidad.

16 Decreto 194/1978 Reglamento de Hoteles y similares, Decreto Nº 977/96 Reglamento Sanitario de los Alimentos, Decreto Nº 594/1999 sobre Condiciones Sanitarias Básicas en los Lugares de Trabajo, Decreto Nº 134/2005 Reglamento para ELEAM autorizados hasta 2009 y Decreto Nº 14/2010 Reglamento para ELEAM autorizados a partir de 2010.

17 SEREMI de Salud Aysén, Oficio Nº1069 del 21 de agosto de 2012; SEREMI de Salud Los Lagos, Oficio Nº385 del 21 de septiembre de 2012; SEREMI de Salud Valparaíso, Oficio Nº1228 del 29 de agosto de 2012; SEREMI de Salud Los Ríos, Oficio Nº1609 del 03 de octubre de 2012; SEREMI de Salud Antofagasta, Oficio Nº1610 del 11 de septiembre de 2012; SEREMI de Salud Tarapacá, Oficio Nº1654 del 24 de agosto de 2012; SEREMI de Salud O'Higgins, Oficio Nº1773 del 06 de septiembre de 2012; SEREMI de Salud Maule, Oficio Nº2048 del 24 de septiembre de 2012; SEREMI de Salud Atacama, Oficio BS3 Nº1607 sin fecha, recibido el 07 de septiembre de 2012; SEREMI de Salud Araucanía, Oficio A23 Nº1530 del 07 de septiembre de 2012. Al momento de redactar este Informe, las SEREMI de Salud de las regiones de Arica y Parinacota, Coquimbo, Biobío, Magallanes y Metropolitana no habían respondido al oficio enviado por el INDH de fecha 10 de agosto de 2012.

de ameritarlo, se cursan sumarios sanitarios, amonestaciones o se decreta el cese del funcionamiento del establecimiento. Al respecto, la cancelación del permiso sanitario por vulneración de derechos de las personas mayores ha ocurrido en un caso este año, en la región de La Araucanía.

Por su parte, SENAMA informó que al 31 de agosto de 2012 ha recibido 104 reclamos sobre Establecimientos de Larga Estadía, aún cuando esto no constituye una prerrogativa del Servicio. De ellos, 46 recibieron orientación para hacer la denuncia ante la SEREMI de Salud correspondiente y en 58 casos, además, se solicitó la realización de una fiscalización a estos organismos. Asimismo, SENAMA indicó que desde abril de 2012 su Sistema de Información y Atención Ciudadana (SIAC) considera la categoría "maltrato estructural" con la finalidad de pesquisar las negligencias cometidas por cuidadores/as o ELEAM a cargo de las personas adultas mayores y activar las redes de apoyo para enfrentar tales situaciones[18].

Las personas adultas mayores constituyen un grupo vulnerado en materia de derechos humanos, sobre todo en materia de discriminación y violencia, situación que se agudizaría en el segmento que presenta un mayor nivel de dependencia y vive en contextos institucionalizados (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011).

En el marco de esta preocupación, el INDH elaboró en 2012 una Pauta de Observación de ELEAM[19], primera en su tipo en el país, cuyo objetivo era contribuir a detectar situaciones de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes que tengan lugar en residencias de larga estadía, de acuerdo a estándares internacionales. Es necesario aclarar que esta pauta no tiene relación con el control y los instrumentos utilizados por las SEREMI de Salud, pues éstas desarrollan una fiscalización propiamente tal, que busca corroborar el buen funcionamiento de los centros desde una perspectiva sanitaria.

La pauta elaborada por el INDH, en su versión piloto, fue puesta a prueba en 14 centros con y sin fines de lucro, de las regiones de Coquimbo, Valparaíso, O'Higgins, Maule, Biobío, Los Ríos y Metropolitana[20], cuya población estaba compuesta en su mayoría por personas adultas mayores dependientes.

La pauta piloto estaba compuesta por tres secciones, cada una de ellas dedicada a un derecho específico: derecho a un trato humano y digno, derecho a la alimentación y derecho a la salud. En total contenía 75 indicadores, algunos de observación directa y otros para ser consultados a la Dirección Técnica del establecimiento.

Si bien el objetivo de la prueba fue evaluar la validez del instrumento y, por lo tanto, los resultados de las observaciones realizadas no pueden ser generalizados, se constatan algunas situaciones necesarias de relevar. En primer lugar, aun cuando todos los ELEAM visitados eran oficiales y contaban con el permiso de la autoridad competente para funcionar (SEREMI de Salud), en algunos casos hubo resistencias y dilaciones para concretar la fecha del terreno. En segundo lugar, si bien la cantidad de cuidadores/as cumplía con lo estipulado en la normativa sanitaria, no era suficiente para atender la diversidad de cuidados y la complejidad de algunas patologías. Tercero, se observaron bajos niveles de individuación de los/as residentes (Ej.: inexistencia de procedimientos claros para que las personas puedan contar con objetos propios, como ropa y otros muebles, en sus lugares de residencia). En cuarto lugar, se observaron personas amarradas en siete ELEAM, hechos que en dos casos fueron

18 Oficio Nº1150 del Servicio Nacional del Adulto Mayor, de fecha 28 de septiembre de 2012.

19 Esta pauta fue elaborada considerando múltiples insumos, entre los que se cuentan: Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) y su Protocolo facultativo (2002), Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos (1955), Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (1985), Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1988), Principios Básicos para el Tratamiento de Reclusos (1990), Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2000), Manual de visitas de verificación a centros de reclusión del Distrito Federal (Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2010), Monitoreo de lugares de detención: una guía práctica (Asociación para la Prevención de la Tortura, 2004), Reglamento de Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores (Ministerio de Salud, Decreto Nº 14 de 2010).

20 Esta actividad fue informada previamente, vía oficio, a todas las SEREMI de Salud de las regiones seleccionadas. Además, en los casos de Valparaíso, Maule y Los Ríos se mantuvieron reuniones con las personas encargadas de las fiscalizaciones, a los fines de conocer la realidad de los ELEAM de cada región, comunicar el objetivo de la iniciativa y estrechar lazos de colaboración.

justificados aludiendo a la necesidad de modificaciones posturales y otras razones médicas[21].

Estas situaciones resultan contradictorias con los principios consignados en la Política Integral de Envejecimiento Positivo y ponen de relieve la necesidad de pensar estándares óptimos de atención que tengan a la base el enfoque de derechos y prevengan situaciones de abuso físico y patrimonial hacia las personas adultas mayores residentes en ELEAM certificados, así como la generación de mecanismos de supervisión y acompañamiento técnico que propicien progresivamente la consecución de dichos umbrales[22]. Además, esto supone un importante desafío en relación con la situación de la población adulta mayor que habita en establecimientos ilegales, de la cual no se tiene información oficial pero que en la medida en que se encuentra en establecimientos que carecen de control alguno, está especialmente expuesta a vulneraciones a sus derechos.

En esta línea, resulta destacable la confección de un modelo de calidad para los ELEAM que se encuentra realizando SENAMA, trabajo que debe respetar los estándares internacionales en materia de prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

21 El INDH envió el detalle de estos antecedentes a las SEREMI de Salud respectivas, a los fines de que desarrollen las investigaciones correspondientes.

22 Respecto al abuso patrimonial, en el desarrollo del terreno algunas personas expertas describieron ejemplos de malas prácticas detectadas, entre las que se encuentran cláusulas abusivas incluidas en algunos contratos de ELEAM, por medio de las que las personas adultas mayores ceden sus derechos en forma amplia a quienes están a cargo; y la solicitud, por parte de los ELEAM, de préstamos a las Cajas de Compensación.

BIBLIOGRAFÍA

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2012). *Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe.* San José, Costa Rica.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011). *Informe Anual 2011 Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago, Chile.

Ministerio de Desarrollo Social. (2012a). *Resultados adulto mayor CASEN 2011.* Recuperado el 11 de septiembre de 2012, de Observatorio Social: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/layout/doc/casen/publicaciones/2011/RESULTADOS_ADULTO_MAYOR.pdf

Ministerio de Desarrollo Social. (31 de mayo de 2012b). *Presidente Piñera y Ministro Lavín anuncian subvención para centros que atienden adultos mayores.* Obtenido de Ministerio de Desarrollo Social. Noticias: http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/noticias/2012/05/31/presidente-pinera-y-ministro-lavin-anuncian-subvencion-para-centros-que-atienden-adultos-mayores

Servicio Nacional del Adulto Mayor. (2008). *Estudio actualización de registro de establecimientos de larga estadía para adultos mayores en Chile.* Santiago, Chile.

Servicio Nacional del Adulto Mayor. (2009). *Las personas mayores en Chile: Situación, avances y desafíos del envejecimiento y la vejez.* Santiago, Chile.

Servicio Nacional del Adulto Mayor. (2010). *Estudio Nacional de la Dependencia en las Personas Mayores.* Santiago, Chile.

Servicio Nacional del Adulto Mayor. (2012). *Política Integral de Envejecimiento Positivo*. Santiago, Chile.



DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Fotografía: Enrique Cerda

5 DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derechos es un enfoque reciente. Durante décadas este colectivo, que a nivel mundial suma 600 millones de personas, fue invisibilizado en muchas sociedades y, en otros casos, objeto de medidas basadas en la caridad y el asistencialismo. En los últimos veinte años se ha comenzado a adoptar el enfoque de derechos humanos y a abordarse la discapacidad desde una perspectiva de inclusión social[1]. En este tránsito, el rescate del valor de la dignidad humana ha sido un factor clave para destacar que las personas con discapacidad tienen una perspectiva que debe ser escuchada y considerada.

Pese a los avances establecidos en los instrumentos internacionales referidos a los derechos de este grupo de personas, el reconocimiento de esta población sigue siendo un desafío importante, no solo por la heterogeneidad de realidades y necesidades de quienes la conforman, sino también por la discriminación a la que están expuestas. En este sentido, es necesario relevar que la conjunción de falta de reconocimiento y discriminación configura un escenario que obstaculiza el ejercicio de derechos por parte de las personas con discapacidad (Naciones Unidas, 2002).

En relación a lo anterior, el INDH estableció en el Informe Anual 2011 que la situación de las personas con discapacidad en Chile es particularmente adversa por las barreras que experimentan en el disfrute y goce de sus derechos, sobre todo en materia laboral, salud, educación, cultura y espacios públicos. En estos últimos se refleja una insuficiente adecuación de las ciudades para garantizar la movilidad de las personas con discapacidad (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011). Este escenario ha sido alimentado durante años por un abordaje de las necesidades de las personas con discapacidad marcado por la caridad, lo que ha redundado en un escaso reconocimiento de esta población como sujetos de derechos y en una baja inversión y desarrollo de políticas por parte del Estado. Al respecto es preciso señalar que 2012 ha estado marcado por la elaboración de lineamientos de política pública que debieran materializar los estándares internacionales en materia de discapacidad, y que Chile ha recogido a nivel legal.

Recientemente, el Relator Especial sobre Discapacidad de las Naciones Unidas ha señalado que uno de los desafíos que enfrentan muchos países en la implementación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es convertir su articulado en políticas, planes y programas que permitan a esta población gozar y ejercer sus derechos (Chalklen, 2012). Esta necesidad cobra mayor sentido si se considera que "[e]n todo el mundo, las personas con discapacidad tienen peores resultados sanitarios, peores resultados académicos, una menor participación económica y unas tasas de pobreza más altas que las personas sin discapacidad" (Organización Mundial de la Salud, 2011, pág. xi).

En particular, la Quinta Conferencia de Estados Parte de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, desarrollada entre el 12 y 14 de septiembre de 2012 en Nueva York, remarcó la situación de niños, niñas y mujeres con discapacidad como áreas de especial preocupación dada la discriminación múltiple que

1 Este enfoque busca, a través de la provisión de medios y recursos adecuados, que todas las personas puedan aprovechar las oportunidades del entorno, ejerzan sus derechos y participen de todas las esferas de la vida social.

sufren y la invisibilización de sus problemas en los planes de acción de los países[2].

En los últimos años, Chile ha dado importantes pasos en materia del reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad. La ratificación de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad en 2002 y de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo en 2008, fueron las primeras señales de este reconocimiento. En estos instrumentos internacionales de derechos humanos se da cuenta de un giro en la concepción de la discapacidad, pasando de un enfoque biomédico –que centra el problema en el sujeto– a uno de índole sociocultural, en el que la discapacidad se origina por la interacción con un entorno que presenta barreras y no permite que personas con capacidades diversas puedan participar plenamente en la vida social (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011). Esto ha implicado derribar la relación causal entre deficiencia física y desventajas sociales, y comenzar a explicar la situación de las personas con discapacidad más allá de lo físico, como resultado de actitudes, valores y prácticas discriminatorias (Diniz, Barbosa, & Santos, 2009).

Los principios que el Estado chileno se obliga a cumplir por medio de dichas ratificaciones son i) el respeto por la diversidad y su aceptación como parte de la condición humana, ii) la no discriminación de las personas con discapacidad, iii) el respeto de su dignidad, identidad, autonomía e independencia, iv) la garantía de su participación e inclusión plena en la vida social, v) la provisión de igualdad de oportunidades para el cumplimiento de ello, y vi) la adopción de medidas que permitan la accesibilidad universal[3] .

El año 2005 se inició la discusión parlamentaria para actualizar el marco normativo que en ese entonces protegía a las personas con discapacidad. Esto, bajo la necesidad de "actualizar este texto, tanto para que fuera en el espíritu de las convenciones internacionales que habíamos suscrito en esta materia; como para también ampliar, desde lo legal, la perspectiva desde la que miramos hoy la realidad de las personas que sufren algún tipo de vulnerabilidad"[4]. Tras varios años de tramitación en el parlamento, se promulgó en 2010 la Ley 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de las personas con discapacidad y genera una institucionalidad en la materia compuesta por el Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS), el Comité Interministerial de Desarrollo Social[5] y el Consejo Consultivo del SENADIS. Una particularidad de esta normativa es el reconocimiento expreso de las medidas de acción afirmativa como herramientas para la superación de las desigualdades, aspecto inédito en la legislación nacional (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011).

Ahora bien, concretar el respeto y garantía de los derechos de las personas con discapacidad, así como asegurar condiciones de igualdad y no discriminación, requiere también de políticas públicas que hagan realidad los resguardos legales tomados y propendan a un cambio en las actitudes hacia la discapacidad que se encuentran enraizadas en la matriz cultural de nuestro país. Para ello la educación en derechos humanos es una herramienta fundamental para fomentar el respeto hacia las personas con discapacidad.

A dos años de la puesta en marcha del nuevo marco legal y la institucionalidad en materia de discapacidad es necesario revisar los avances y tensiones en la remoción de las diversas barreras que afectan a estas personas, tarea a la que se aboca el presente capítulo.

AVANCES NORMATIVOS

De acuerdo a lo estipulado en la Ley 20.422, su completa operatividad requiere de la elaboración de doce reglamentos destinados a normar los siguientes aspectos específicos: i) calificación y certificación de la discapacidad, ii) funcionamiento del Registro Nacional de la Discapacidad, iii) funcionamiento del Comité de Ministros de la Discapacidad, iv) funcionamiento del Consejo Consultivo de SENADIS, v) mecanismo de evaluación de desempeño de los funcionarios de SENADIS,

2 A la fecha de redacción de este Informe, el documento final de la Conferencia se encontraba en preparación.

3 Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, art. 3.

4 Congreso Nacional. Historia de la ley 20.422, pág. 903.

5 Originalmente, la ley lo denominaba como Comité de Ministros de la Discapacidad, pero en función de la creación del Ministerio de Desarrollo Social pasó a llamarse de esta otra manera.

vi) accesibilidad en televisión, vii) accesibilidad en el transporte público, viii) selección preferente en empleos públicos, ix) beneficios arancelarios, x) modificación de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, y xi) definición de la lengua de señas chilena. Según lo informado por SENADIS, cinco de estos reglamentos se encuentran publicados oficialmente y el resto se encuentra en proceso de elaboración[6]. Es importante destacar que todos los reglamentos debían ser promulgados en un período máximo de nueve meses desde la publicación de la ley, plazo que se encuentra vencido.

En materia legislativa, dos avances han tenido lugar durante el 2012. Uno de ellos tiene relación con el reconocimiento de la discapacidad como categoría sospechosa en la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación, prohibiendo su invocación para justificar, validar o exculpar situaciones que importen una distinción o exclusión arbitraria[7]. El otro avance está referido al reconocimiento oficial de la lengua de señas chilena (LSCh) como forma de comunicación de la comunidad sorda de nuestro país mediante la Ley 20.602[8], la cual producto de un artículo transitorio de la Ley 20.422 había quedado sujeta a revisión.

En relación a proyectos de ley que buscan proteger a las personas con discapacidad, actualmente se encuentra en tramitación en el Congreso una reforma constitucional que busca incorporar la inclusión social de las personas con discapacidad en el artículo 1 de la Constitución, estableciéndola como obligación prioritaria del Estado[9].

Adicionalmente, desde agosto de 2011 se han presentado cinco mociones para modificar la Ley 20.422, hecho que el INDH valora en tanto refleja la del Poder Legislativo por mejorar el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad. La primera de ellas tiene por objetivo establecer la reserva legal de empleos, para lo cual se propone destinar al menos un 2% de los puestos públicos y privados a personas que, siendo idóneas para la función, posean alguna necesidad especial[10]. Además, establece que en caso de infringirse este mandato se curse las sanciones y multas establecidas en el artículo 506 del Código del Trabajo[11].

La segunda moción busca establecer una medida especial para fomentar el ingreso de personas con discapacidad a los órganos y servicios públicos[12]. En particular, este proyecto busca que en los procesos de selección de personal de la Administración del Estado y sus organismos, las municipalidades, el Congreso Nacional, los órganos de la administración de Justicia y el Ministerio Público, se elija preferentemente a personas con discapacidad que se encuentren en las mismas condiciones de mérito. Además, establece la realización de adaptaciones para que estas personas puedan participar en igualdad de condiciones en las pruebas o etapas de selección.

La tercera propuesta tiene relación con el aumento de las facultades de SENADIS para vigilar las condiciones de vida y el trato que reciben las personas con discapacidad mental y las que se encuentran en situación de dependencia[13]. Esto, en atención a las situaciones de abandono, abuso, maltrato,

6 Decreto 141 del Ministerio de Planificación, publicado el 12 de mayo de 2011, que establece normas para el funcionamiento del Consejo Consultivo de la Discapacidad; Decreto 142 del Ministerio de Planificación, publicado el 09 de julio de 2011, que norma el transporte público de pasajeros; Decreto 1253 del Ministerio de Hacienda, publicado el 21 de octubre de 2011, que determina procedimientos y competencias para la obtención de beneficios arancelarios y tributarios; Decreto 32 del Ministerio de Planificación, publicado el 04 de febrero de 2012, que establece normas para la aplicación de mecanismos de comunicación audiovisual que posibiliten el acceso a la programación televisiva para personas con discapacidad auditiva; Decreto 945 Exento del Ministerio de Justicia, publicado el 31 de marzo de 2012, que reglamenta el Registro Nacional de la Discapacidad. Oficio Nº7112 del Servicio Nacional de la Discapacidad, de fecha 23 de octubre de 2012.

7 Esta ley fue publicada el 24 de julio de 2012. Para mayor información, consultar el apartado sobre la Ley 20.609 en este mismo capítulo.

8 Esta ley fue publicada el 25 de septiembre de 2012.

9 Boletín 8176-07, que establece la obligación prioritaria del Estado de promover la plena integración de las personas con discapacidad. A la fecha de redacción de este Informe, el proyecto se encontraba en primer trámite constitucional en el Congreso.

10 Boletín 7855-13, que modifica la Ley 20.422 para establecer reserva legal de empleos para personas con discapacidad. A la fecha de redacción de este Informe, el proyecto se encontraba en segundo trámite constitucional en el Congreso.

11 Dicho artículo considera dos tipos de sanciones: la incorporación de la empresa en un programa de asistencia al cumplimiento, en el que se acredite la corrección de la o las infracciones que dieron origen a la sanción y la puesta en marcha de un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo; y la asistencia obligatoria del titular, representante legal o personas encargadas de recursos humanos a programas de capacitación dictados por la Dirección del Trabajo.

12 Boletín 8108-06, que establece discriminación positiva para las personas con discapacidad en el ingreso a los órganos y servicios públicos. A la fecha de redacción de este Informe, el proyecto se encontraba en primer trámite constitucional en el Congreso.

13 Boletín 7902-11, que modifica la Ley 20.422 sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, fortaleciendo las funciones de vigilancia. A la fecha de redacción de este Informe, el proyecto se encontraba en primer trámite constitucional en el Congreso.

negligencia o aprovechamiento de que son objeto estas personas.

La cuarta moción tiene por objeto incorporar mecanismos de comunicación audiovisual en los servicios públicos y oficinas de información, reclamos y sugerencias, de modo que las personas con discapacidad visual y auditiva cuenten con una atención acorde a sus necesidades[14].

Por último, la quinta propuesta busca regular el uso de los estacionamientos para personas con discapacidad[15], complementando la función fiscalizadora que desarrollan los municipios con la actuación de Carabineros, estableciendo además los requisitos para su uso y las sanciones para quienes incumplan esta obligación.

POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

Junto con sentar bases normativas en materia de discapacidad, desde el año 2009 el Poder Ejecutivo, a través de SENADIS, está desarrollando el proyecto "Seguimiento, evaluación y fortalecimiento de políticas descentralizadas de inclusión social de las personas en situación de discapacidad en Chile"[16].

Este proyecto tiene por objetivo "aportar a la cohesión social incrementando la participación social y el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, dotando al Estado de un instrumental para la gestión de políticas públicas en la materia y el reconocimiento y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad" (Agencia de Cooperación Internacional, 2009). Para ello, cuenta con un presupuesto total cercano a los 1.700 millones de pesos[17], del cual el Estado aporta el 50%, y un plazo que finaliza en diciembre de 2012. Al respecto, es necesario señalar que si bien la cooperación internacional es relevante, el Estado no debe descansar en los recursos financieros externos para el cumplimiento de sus obligaciones.

Las líneas de trabajo que se desarrollan en el marco de este proyecto son tres. La primera busca crear un Sello de Inclusividad, que distinguirá a las instituciones públicas y privadas que generen condiciones para la integración laboral de personas con discapacidad. La segunda corresponde a la realización del Estudio Nacional de la Discapacidad, que tiene como propósito medir: i) la prevalencia de la discapacidad en Chile, sus tipos y niveles de severidad, ii) las situaciones de dependencia y las brechas de acceso a salud, educación, empleo, espacios y comunicación, y iii) la percepción de la población chilena sobre las personas con discapacidad. La tercera línea de trabajo tiene relación con sistematizar la oferta pública de bienes y servicios para este grupo de la población y generar un sistema de seguimiento del acceso a dichas prestaciones, lo que se ha denominado Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad 2012-2020.

De estas tres líneas de trabajo, los avances a la fecha corresponden a la apertura de inscripciones para la obtención del Sello Chile Inclusivo en 2013 y los resultados de la primera ronda de diálogos regionales con las organizaciones de y para personas con discapacidad realizados como parte de la creación del Plan de Acción[18]. Producto de esto último, que incluye las regiones de Valparaíso, O'Higgins, Maule y Metropolitana, se identificaron localmente 122 barreras para la inclusión social de las personas con discapacidad y se generaron 180 propuestas de solución. Entre las necesidades más relevantes en todos los ámbitos, para las organizaciones sociales que participaron de dichos encuentros, está la existencia de personal médico especializado e intérpretes de lengua de señas en los servicios públicos de salud, así como el establecimiento de un mecanismo de atención preferente en éstos; la creación de oficinas municipales para la discapacidad que les permita tener un referente local para canalizar sus inquietudes y

14 Boletín 8234-06, que modifica la Ley 20.422 sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. A la fecha de redacción de este Informe, el proyecto se encontraba en primer trámite constitucional en el Congreso.

15 Boletín 8371-06, que modifica la Ley 20.422 sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, disponiendo medidas para su fiscalización y la obligación de denuncia de los sujetos que indica. A la fecha de redacción de este Informe, el proyecto se encontraba en primer trámite constitucional en el Congreso.

16 Este proyecto se ejecuta con el apoyo de la Unión Europea en el contexto del Programa de Cohesión Social UE-CHILE.

17 El presupuesto se encuentra originalmente expresado en euros y corresponde a € 2.787.184.

18 De acuerdo a lo publicado en el sitio web de SENADIS. Además, a la fecha de la redacción de este Informe no se ha recibido respuesta al oficio enviado a este servicio consultando por los avances del proyecto.

necesidades; la habilitación de infraestructura vial y medios de transporte accesibles, sobre todo en las áreas rurales; la adopción de una ley de cuotas para la inserción laboral, en especial de las personas con discapacidad auditiva y mental, así como la entrega de un subsidio a la contratación; la inversión en infraestructura y tecnología que permita a estudiantes con discapacidad incorporarse al sistema educativo en todos sus niveles; y la divulgación de información en formatos accesibles que permita a las personas exigir sus derechos y participar de la vida social, política y cultural del país. Además, las organizaciones sociales proponen que las soluciones a sus problemas tengan a la base la coordinación intersectorial, la descentralización y la fiscalización (Servicio Nacional de la Discapacidad, 2012a).

En este marco, el retraso en la implementación del Estudio Nacional de Discapacidad es problemático en la medida en que no existe suficiente información actualizada a los fines de diseñar las políticas para el sector. Las estadísticas sectoriales utilizadas en la actualidad han sido levantadas a través de la Encuesta Nacional de Discapacidad (ENDISC) en 2004, es decir, tienen ocho años de antigüedad, por lo que probablemente no se ajusten cabalmente a la situación actual de este grupo de personas.

A pesar de lo anterior, un aspecto importante del proyecto que se está ejecutando es que las metodologías participativas permiten levantar insumos para la Política Nacional de Inclusión Social que SENADIS está desarrollando en paralelo, la que se encontraría disponible a fines de 2012. Al respecto, dicho organismo ha adelantado que los temas abordados en la Política serán i) salud, ii) educación, iii) inclusión laboral y previsión social, iv) accesibilidad universal, v) acceso a la justicia, vi) promoción de derechos y concienciación de la sociedad, vii) participación política y social, viii) cultura, recreación y deporte, e ix) investigación, desarrollo e innovación (Servicio Nacional de la Discapacidad, 2012b).

Si bien esto aún no se materializa, la oferta programática actual de SENADIS ofrece programas y prestaciones hacia las personas con discapacidad, especialmente en los ámbitos de trabajo y salud, cuyos avances se revisan a continuación.

5

DISCAPACIDAD Y DERECHO A LA SALUD

Las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud física y mental, para lo cual el Estado debe proporcionarles acceso a establecimientos, bienes y servicios públicos de salud que les permitan lograr la máxima independencia y capacidad para desenvolverse en la vida social[19].

De acuerdo a lo comunicado por el Estado en el Primer Informe al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, presentado con dos años de retraso[20], las acciones en salud[21] adoptadas en Chile buscan proporcionar o compensar la pérdida de funcionalidad y mejorar la interacción con el entorno, de modo que las personas con discapacidad logren una mayor autonomía (Gobierno de Chile, 2012). Sin embargo, al analizar las iniciativas estatales que abordan el derecho a la salud de las personas con discapacidad, las cuales en la actualidad son ejecutadas y coordinadas por el Ministerio de Salud y SENADIS, estas dicen relación fundamentalmente con la atención médica a patologías, la rehabilitación y la entrega de ayudas técnicas, quedando fuera ámbitos relevantes para la atención integral en salud como la prevención y la promoción.

Un avance a destacar es la actualización del Programa de Rehabilitación de acuerdo a estándares internacionales de derechos humanos. Esto ha llevado a adoptar un enfoque biopsicosocial de base comunitaria (RBC)[22] en la oferta pública de prestaciones de rehabilitación, cuyo propósito es activar los recursos locales para atender a las personas en

19 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 25 y 26.

20 De acuerdo al Ord. Nº10731 de la Dirección de Derechos Humanos (DIDEHU) del Ministerio de Relaciones Exteriores al INDH, de fecha 30 de agosto de 2012, el Estado debía presentar el Informe el 29 de junio de 2010, lo que finalmente se concretó el día 06 de agosto de 2012.

21 Las acciones en salud se refieren a los esfuerzos de prevención, promoción, atención y rehabilitación.

22 La Rehabilitación de Base Comunitaria (RBC) es una estrategia propuesta por la Organización Mundial de la Salud (OMS), cuyo objetivo es lograr la rehabilitación integral –biológica y psicosocial– de las personas con discapacidad a través del involucramiento de su familia y la comunidad en el proceso terapéutico. Para mayor información consultar Organización Panamericana de la Salud (2011). Implementación del modelo biopsicosocial para la atención de personas con discapacidad a nivel nacional. El Salvador.

situación de discapacidad y atacar las causas que originan las barreras que impiden su inclusión social. En la actualidad, las estrategias de rehabilitación con base comunitaria cubren el 51% de las comunas del país, lo que incluye 143 Centros Comunitarios de Rehabilitación (CCR) que atienden en zonas rurales y 96 Centros de Rehabilitación Integral (Gobierno de Chile, 2012). Al respecto, y considerando las recomendaciones realizadas por la Organización Mundial de la Salud en su 58º Asamblea, es necesario continuar la ampliación de cobertura de la RBC en el país, vinculada a la atención primaria de salud, de modo que todas las personas con discapacidad accedan a una atención en salud con pertinencia local[23].

Un aspecto que no debe perderse de vista en este ámbito es la garantía de la autodeterminación y participación de la persona con discapacidad y su entorno familiar durante todo el proceso de intervención terapéutica[24]. Al respecto, el gobierno ha informado que "los servicios de habilitación y rehabilitación que se proveen en el modelo biopsicosocial tienen carácter de asistencia voluntaria, sin que en ningún caso se considere forzar a asistir a ningún usuario o familia, lo que está consignado en la orientación técnica respectiva y se vincula con el consentimiento informado, en el marco del acuerdo de intervención terapéutica" (Gobierno de Chile, 2012, párr. 191). Al respecto es importante que la información, la participación y el consentimiento sean principios que permeen el sistema de salud, en todas sus etapas y niveles, de modo que la voluntad y dignidad de las personas sea respetada plenamente. En este sentido, dichos principios no deben ser una característica exclusiva de los centros que atienden bajo el modelo comunitario.

En materia de prestaciones universales, un avance importante es la puesta en marcha de las Garantías Explícitas de Salud (GES) relacionadas a discapacidad, lo que en los últimos tres años ha permitido atender a 105.855 personas con dificultades músculo-esqueléticas. Además, el Poder Ejecutivo ha informado que se ha ampliado la entrega de ayudas técnicas y la realización de implantes cocleares para personas con hipoacusia profunda, llegando esto último a veinte casos anuales (Gobierno de Chile, 2012). Respecto al presupuesto destinado por SENADIS para la entrega de ayudas técnicas[25], es importante señalar que si bien hubo un aumento de $3.418.856.000 a $4.495.865.000 entre 2011 y 2012, esto constituye una recuperación de la inversión que ya se venía dando desde 2008[26].

Por su parte, en opinión de las organizaciones de y para personas con discapacidad, las principales brechas en el ejercicio y goce del derecho a la salud en Chile tienen relación con la disponibilidad de personal médico especializado, la accesibilidad física y geográfica de los centros de salud, la coordinación de la red pública para el otorgamiento de las distintas prestaciones que las personas requieren, la cobertura de la rehabilitación con base comunitaria, la calidad de la atención primaria, la cantidad de horas médicas disponibles en el sistema público, la atención médica para personas con discapacidad mental, la cobertura para medicamentos costosos y los programas de prevención (Servicio Nacional de la Discapacidad, 2012a)[27].

DISCAPACIDAD Y DERECHO AL TRABAJO

De acuerdo a lo establecido en la Ley 20.422, el Estado tiene la obligación de fomentar la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Para ello debe fomentar y difundir prácticas laborales de inclusión y no discriminación, promover la creación y diseño de procedimientos, tecnologías, productos y servicios laborales accesibles y difundir su aplicación; así como crear y ejecutar programas de acceso al empleo. Al respecto es importante señalar que el Estado debe ser el primero que cumpla estos principios, a través de la inclusión laboral de personas con discapacidad en la administración pública.

23 Organización Mundial de la Salud. *Discapacidad, incluidos la prevención, el tratamiento y la rehabilitación*. Resolución EB114.R3. 26 de mayo de 2004, art.1.4.

24 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 3, 22, 25 y 26.

25 Este monto corresponde al presupuesto ejecutado de la línea de Financiamiento de Ayudas Técnicas de SENADIS, que comprende el Programa Regular, Programa de Atención Temprana, Chile Solidario y Programa de Autonomía y Dependencia.

26 Los montos de inversión en este ámbito para los años anteriores fueron los siguientes: M$4.182.679 en 2008, M$4.171.642 en 2009 y M$4.209.841 en 2010.

27 Para mayor información consultar el capítulo sobre derecho a la salud de este Informe.

A juicio de las organizaciones de y para personas con discapacidad, los obstáculos que experimentan en relación al derecho al trabajo son diversos. En primer lugar se encuentra la escasez de fuentes laborales dependientes y el papel inhibidor que juega la estigmatización en la inserción laboral, sobre todo en el caso de la personas con discapacidad mental. A esto se suman procesos de selección que no están adecuados para las personas con discapacidad y requisitos que merman su participación en éstos, como por ejemplo la falta de validación de sus estudios o la aplicación de pruebas estandarizadas. En segundo lugar se encuentran las desiguales condiciones laborales a las que acceden, lo que se acentúa por la falta de fiscalización hacia las empresas y la inexistencia de normativa que asegure la permanencia de las personas con discapacidad en sus puestos de trabajo. Por último se encuentra el fomento de la empleabilidad por la vía de microemprendimientos, alternativa que no siempre es sustentable en el tiempo ni genera condiciones laborales adecuadas (Servicio Nacional de la Discapacidad, 2012a).

En la actualidad, la oferta pública en materia laboral para las personas con discapacidad se compone principalmente de fondos concursables, destinados tanto a financiar la realización de capacitaciones para la habilitación laboral como a crear cupos en el mercado regular y generar negocios independientes. El año 2012 esta línea programática adjudicó un total de 178 proyectos a nivel nacional, sumando una inversión total de $393.419.385[28]. Además de esto existen dos líneas de trabajo para el fomento de la empleabilidad de las personas con discapacidad: el Programa de Intermediación Laboral (PIL), que no tiene presupuesto asociado y en 2011 cubrió a un total de 204 personas[29]; y los Programas de Capacitación que se realizan en conjunto con el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (SENCE), que en el último período implicó una inversión de 40 millones de pesos[30].

En particular, el Programa de Intermediación Laboral opera estableciendo el perfil laboral de la persona con discapacidad, buscando oportunidades laborales adecuadas a sus habilidades y características funcionales, para posteriormente darle los apoyos necesarios para su participación en los procesos de selección, o bien, para la adquisición de habilidades que le permitan ser elegible. Considerando que la inserción laboral finalmente depende de la adecuación de la persona al puesto de trabajo disponible, y que durante el proceso de intermediación se aplican diversos filtros de elegibilidad, la brecha entre los inscritos y los beneficiados sigue siendo amplia. De acuerdo a lo informado por el Poder Ejecutivo, alrededor de un 10% de las personas con discapacidad inscritas en el programa resultan empleadas formalmente por una empresa. Dichos empleos son en su mayoría puestos de auxiliares y operarios, cuya remuneración corresponde al salario mínimo (Gobierno de Chile, 2012). Es importante destacar, sin embargo, que este programa está orientado sólo a personas autovalentes, por lo que la población discapacitada que posee algún grado de dependencia no queda cubierta por esta iniciativa.

Si bien la cobertura de este programa es acotada, un aspecto destacable es que procura que los empleos a los que accedan las personas con discapacidad cumplan con los estándares de la Organización Internacional del Trabajo sobre Trabajo Decente, aspecto relevante si se consideran las alertas que la sociedad civil hizo en materia de condiciones laborales durante la realización de los diálogos participativos en regiones desarrollados por SENADIS. Además, este programa recibe el apoyo de la Mesa Técnica de la Vulnerabilidad -integrada por SENCE y la Subsecretaría del Trabajo- para la operación, monitoreo, seguimiento y asistencia técnica de las intermediaciones laborales realizadas, acciones que son necesarias para cautelar la eficacia de la implementación de este programa.

Por otra parte, las empresas privadas y los servicios públicos presentan todavía importantes barreras para la inclusión laboral de personas con discapacidad, las que se relacionan principalmente con "los prejuicios sociales y empresariales, su baja cualificación profesional y nivel de escolaridad [de las personas con discapacidad], la falta de adaptación y barreras arquitectónicas para acceder al puesto de trabajo, y la poca disposición de algunas empresas" (Gobierno de Chile, 2012, párr. 213). Para atacar en parte esta situación se ha

28 De acuerdo a los resultados del Segundo Concurso Nacional de Proyectos para la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad - Área Laboral, publicados por SENADIS en la sección de transparencia de su sitio web.

29 Información extraída de la Cuenta Pública 2011 de SENADIS disponible en su sitio web. Las cifras 2012 aún no se dan a conocer.

30 Ibídem.

implementado una línea de subsidios para la contratación de personas vulnerables, incluidas personas con discapacidad. Esto consiste en la bonificación de hasta el 80%[31] de un ingreso mínimo mensual por un plazo máximo de 6 meses, un subsidio a la capacitación y especialización laboral de hasta $ 400.000 entregado por una sola vez, además de un monto mensual no imponible de $ 50.000 entregado a la persona trabajadora para cubrir gastos de movilización y alimentación (Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, 2011). Esto constituye un aporte relevante para facilitar la contratación, pero resulta insuficiente si no se acompaña de una política integral que garantice el derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

DISCAPACIDAD Y PREVISIÓN SOCIAL

En materia de previsión social, el Estado entrega pensiones básicas solidarias que aseguran un ingreso mínimo a las personas que no hayan contribuido o se encuentren en situaciones de especial vulnerabilidad.

En este sentido, la Ley 20.255 que establece la reforma previsional incorpora modificaciones en favor de la población con discapacidad. En primer lugar, considera una Pensión Básica Solidaria de Invalidez (PBSI), la cual está destinada a personas declaradas "inválidas"[32] que pertenecen al 60% más pobre de la población y no tienen derecho a pensión bajo ningún régimen previsional. Actualmente, su monto asciende a $80.528[33] y su alza es progresiva en el tiempo. En segundo lugar, incorpora un Aporte Previsional Solidario de Invalidez (APSI), destinado a complementar la pensión de personas declaradas inválidas a las que, habiendo contribuido en algún régimen previsional, la baja densidad de sus cotizaciones les otorga montos inferiores a la pensión básica establecida. Además, modifica los requisitos para su obtención considerando principalmente la certificación de la discapacidad y la pertenencia al 60% de la población con menores ingresos. Esto último no sería incompatible con la generación de ingresos autónomos por un monto hasta de $ 364.000 (Gobierno de Chile, 2012, párr. 226).

Los cambios ocurridos a propósito de la reforma previsional constituyen un avance en la protección de las personas con discapacidad, pues les asegura ingresos básicos mayores a los obtenidos por medio de las pensiones asistenciales anteriores, las que no superaban los 60 mil pesos en 2008.

DISCAPACIDAD Y PARTICIPACIÓN

En materia de participación, los estándares internacionales indican que "[e]n la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan"[34]. Esto ha llevado a la adopción a nivel internacional del lema "Nada sobre nosotros, sin nosotros", que reivindica el derecho a la participación de las personas con discapacidad en los asuntos que les afectan. Así, un primer acontecimiento destacable en materia de participación ha sido la implementación del voto braille en las recientes elecciones municipales, que permitió sufragar a personas no videntes.

Si bien Chile tiene mucho camino por recorrer en esta materia, resultan valorables los procesos de consulta que ha desarrollado SENADIS en el marco de la elaboración del Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad 2012-2020, que han permitido establecer diagnósticos locales para la posterior articulación de la oferta pública. En este ámbito, también se debe destacar que la Contraloría General de la República emitió un dictamen rechazando la toma de razón del Decreto 143/2010 del Ministerio de Planificación, que regula la forma en que se hará efectiva la selección preferente de personas

31 El porcentaje de la bonificación depende del grado de discapacidad de la persona trabajadora, lo que es evaluado y certificado por un Comité Técnico de SENADIS.

32 Esta nomenclatura utilizada en la ley se encuentra superada en el ámbito de la discapacidad y no corresponde a los términos utilizados en derechos humanos.

33 Valor vigente desde el 1 de julio de 2012, publicado en la página web del Instituto de Previsión Social.

34 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 4, párr. 3.

con discapacidad en los procedimientos de ingreso a la Administración del Estado, por considerarlo inconsulto bajo el art.4.3 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[35].

BIBLIOGRAFÍA

Agencia de Cooperación Internacional. (2009). *Ficha del proyecto: Seguimiento, evaluación y fortalecimiento de políticas descentralizadas de inclusión social de personas en situación de discapacidad en Chile.* Recuperado el 9 de octubre de 2012, de AGCI: http://www.agci.cl/attachments/article/602/Proyect_SENAD.pdf

Chalklen, S. (24 de septiembre de 2012). *Statement at Rehabilitation International's Regional Conference at Doha, Qatar.* Recuperado el 9 de octubre de 2012, de ENABLE: http://www.un.org/disabilities/documents/specialrapporteur/srd_ri_regional_conf_doha.doc

Diniz, D., Barbosa, L., & Santos, W. (diciembre de 2009). *Discapacidad, derechos humanos y justicia.* Recuperado el 16 de noviembre de 2012, de Sur Journal: http://www.surjournal.org/esp/conteudos/pdf/11/03.pdf

Gobierno de Chile. (2012). *Informe Inicial de aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.* Santiago, Chile.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011). *Informe Anual 2011 Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago, Chile: Autor.

Naciones Unidas. (2002). *Human Rights and Disability.The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability.* Recuperado el 9 de octubre de 2012, de OACNUDH: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HRDisabilityen.pdf

Organización Mundial de la Salud. (2011). *Informe Mundial sobre la Discapacidad.* Recuperado el 9 de octubre de 2012, de OMS: http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report/en/index.html

Servicio Nacional de Capacitación y Empleo. (2011). *Programa de Bonificación a la contratación de Mano de Obra 2011. Instructivo para la ejecución.* Recuperado el 9 de octubre de 2012, de SENCE: http://www.sence.cl/sence/wp-content/uploads/2011/06/Instructivo-BCMO-2011.pdf

Servicio Nacional de la Discapacidad. (enero de 2012a). *Informe Primer Ciclo de Diálogos Participativos PLANDISC.* Recuperado el 9 de octubre de 2012, de SENADIS: http://www.senadis.gob.cl/descargas/sociedad/ueagci/INFORME_PRIMER_CICLO_PLANDISC.pdf

Servicio Nacional de la Discapacidad. (26 de septiembre de 2012b). *Directora Nacional de SENADIS presentó los lineamientos de la Política para la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad.* Recuperado el 9 de octubre de 2012, de SENADIS: http://www.senadis.gob.cl/prensa/noticia_detalle.php?id=2518

35 Establecido en el dictamen 1076/2012 y confirmado en el dictamen 54769/2012.

Derechos económicos, sociales y culturales



1. Derecho a la salud
2. Derecho al trabajo y derechos laborales
3. Derecho a la seguridad social
4. Derecho a un medio ambiente libre de contaminación
5. Derecho a la vivienda adecuada

INTRODUCCIÓN

El respeto, garantía y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) tiene directa relación con la posibilidad de una vida digna, libre del hambre y la miseria, y en la que las personas producen los medios para su subsistencia y el desarrollo de su proyecto de vida, protegidas ante la enfermedad, la incapacidad y la adversidad. Son parte de los DESC los derechos al trabajo, la salud, la educación, la vivienda, la alimentación y la seguridad social, entre otros.

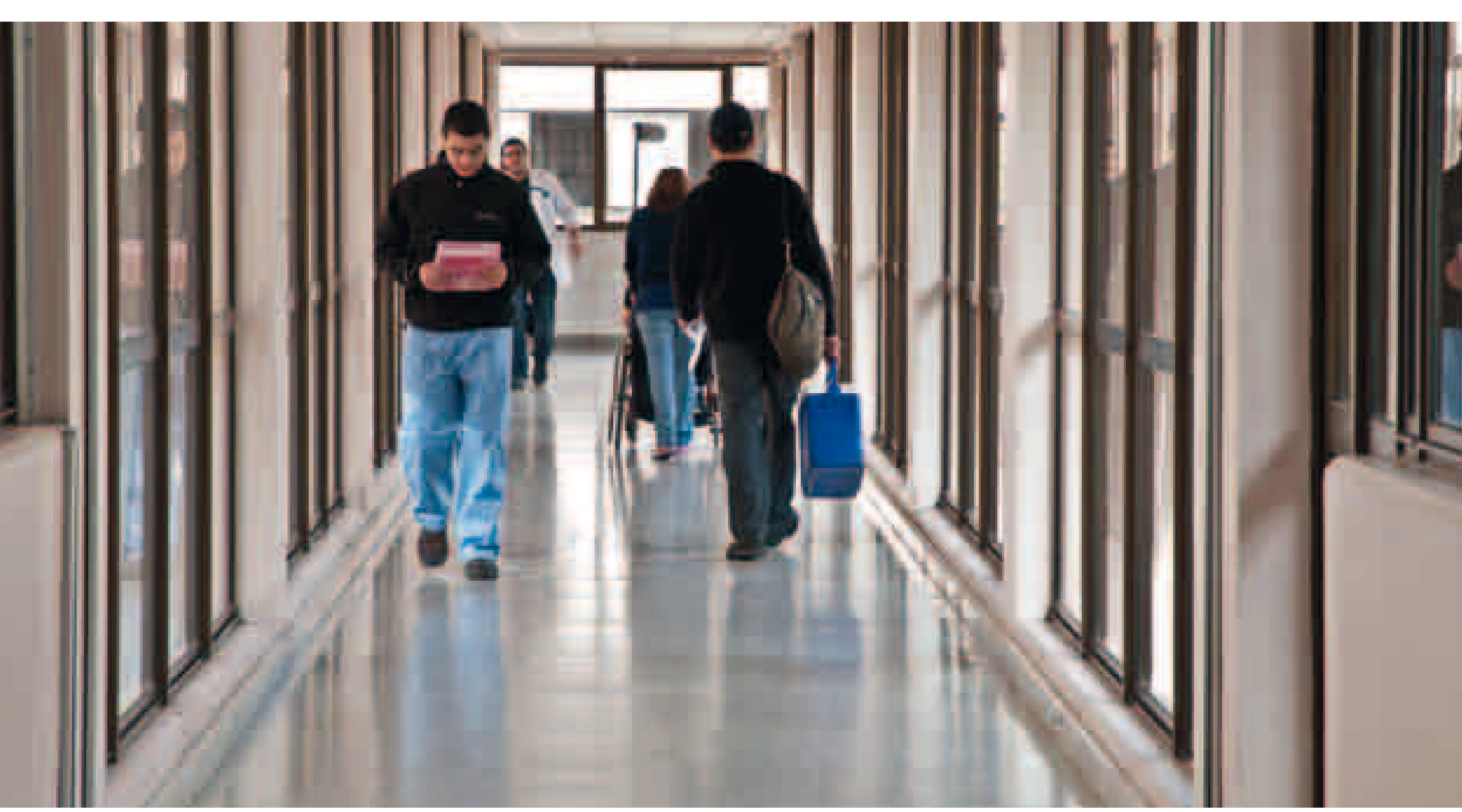
El INDH señaló en su Informe 2010 que el abordaje integral de los derechos humanos y el desarrollo de una cultura que los respete y garantice conllevan la protección y promoción de los DESC, en concordancia con los compromisos internacionales que ha asumido el país y las propias disposiciones nacionales. En su Informe 2011, el Instituto desarrolló los estándares internacionales en materia de derecho al trabajo y derechos laborales, de derecho a la salud y del derecho a un medio ambiente libre de contaminación, e identificó en estos ámbitos problemas normativos, de política pública y de discursos y prácticas culturales que obstaculizan su ejercicio en el país. La revisión hecha por el INDH tuvo como ejes la igualdad y no discriminación, la información, la participación, y el acceso a recursos judiciales y administrativos efectivos ante la vulneración de derechos.

Este año, el Informe aborda nuevamente el derecho al trabajo y los derechos laborales, el derecho a la salud y el derecho a un medio ambiente libre de contaminación. Respecto de los primeros, el capítulo se centra en materias de seguridad laboral, en el ejercicio de derechos colectivos en el trabajo como la sindicalización, la negociación colectiva y el derecho a huelga, y analiza la situación de las personas que trabajan en la administración pública del Estado. En el ámbito de la salud, se analiza la ley de derechos y deberes del paciente que entró este año en vigencia, las iniciativas para reducir la inequidad en salud que se produce por las dificultades en el acceso a medicamentos y la situación de la salud mental en el país. En relación con el derecho a un medio ambiente libre de contaminación, se analiza la situación institucional y normativa y se presentan los resultados de un estudio realizado este año por el INDH sobre conflictos socioambientales que da cuenta de las principales causas de estas disputas a nivel nacional, las industrias involucradas y el impacto sobre el ejercicio y garantía de los derechos humanos.

El Informe Anual amplía este año la mirada hacia otros derechos económicos, sociales y culturales, en particular, sobre el derecho a la seguridad social y el derecho a la vivienda adecuada. El capítulo sobre seguridad social se centra en el derecho a previsión social, respecto del cual se desarrollan los estándares internacionales, se revisa la consagración del derecho a nivel normativo y se da cuenta de los principales resultados de la implementación de la reforma previsional de 2008 desde la perspectiva de los derechos humanos. En materia de vivienda adecuada, se identifican los estándares internacionales, la forma en cómo estos se materializan en la legislación nacional y las políticas públicas existentes, así como los principales desafíos en materia de protección y garantía que tiene el Estado.

1

DERECHO A LA SALUD



Fotografía: Enrique Cerda

1

DERECHO A LA SALUD

ANTECEDENTES

El INDH abordó la situación del derecho a la salud en su Informe Anual 2011. Allí se establecieron los estándares nacionales e internacionales a los que se ha comprometido el Estado y se señaló que la inequidad –producto de diferencias económicas, étnicas, educacionales, de género, lugar de habitación y procedencia de las personas, entre otras– es uno de los principales problemas para el ejercicio del derecho en Chile. Durante 2012, el derecho a la salud ha estado presente en decisiones de política gubernamental, iniciativas legislativas y en demandas de sectores sociales específicos. El escenario que deja el año marca avances en la garantía del derecho y también desafíos que generan preocupación.

El Ministerio de Salud presentó a fines de 2011 la Estrategia Nacional de Salud para el Cumplimiento de los Objetivos Sanitarios 2011-2020. Con ello da continuidad a la planificación sanitaria iniciada en la década anterior centrada en los resultados de salud, cuyo principal objetivo fue posicionar las necesidades de salud de las personas al centro de las políticas y la gestión del sector. Este enfoque permitió orientar la reforma del sector –aprobada en 2005– que en lo sustancial estableció Garantías Explícitas de Salud GES para toda la población (OPS/OMS y Ministerio de Salud, 2012 c). La evaluación de cumplimiento de los objetivos sanitarios de esa década mostró la necesidad de avanzar "hacia una visión amplia de la salud en la perspectiva de la producción social y el enfoque de determinantes sociales de la salud" (Ministerio de Salud, 2011). Por su parte, los objetivos sanitarios que guían la elaboración de la Estrategia presentada son: i) mejorar la salud de la población; ii) disminuir las desigualdades en salud; iii) aumentar la satisfacción de la población frente a los servicios de salud; y, iv) asegurar la calidad de los servicios sanitarios. Para alcanzarlos se proponen nueve objetivos estratégicos y 50 metas sanitarias que se guían por cinco principios esenciales: equidad, calidad, participación, eficiencia e intersectorialidad. La elaboración de la Estrategia constituye un avance en la perspectiva de hacer de la política de salud una política de Estado. Entre sus principales desafíos, las personas especialistas han señalado la necesidad de que la Estrategia tenga arraigo en las regiones –fortaleciendo las capacidades de la institucionalidad en salud, los servicios y la atención primaria–, considere las prioridades identificadas por las comunidades y las organizaciones sociales, de mayor énfasis a las acciones de promoción de la salud y se preocupe de la producción de los servicios de salud (equipos de salud, disponibilidad de especialidades, camas, etc.), entre otros aspectos (OPS/OMS y Ministerio de Salud, 2012 c).

La presentación de la Estrategia Nacional se realiza en un contexto de reclamos en torno al derecho a la salud por parte de la población, los que se han cristalizado en demandas desde distintas regiones del país[1], así como en situaciones de colapso de hospitales públicos que han sido informadas por los medios de comunicación durante el año[2]. Estas denuncias apuntan a las deficiencias en la red pública de

1 A modo de ejemplo, en las movilizaciones de Aysén ocurridas en febrero de 2012, las demandas en salud eran: infraestructura (crear el servicio de diálisis en hospital de Puerto Aysén), especialidades (en Puerto Aysén pediatría, ginecología, internista, cardiología) y personal asociado, y equipamiento para los hospitales de Aysén, Cisnes, Chile Chico, Cochrane, y otros). El Ministro de Salud se comprometió con la instalación de equipos de hemodiálisis en la ciudad de Puerto Aysén, la creación de una unidad de quimioterapia ambulatoria en el hospital regional de Coyhaique, que incluye un oncólogo y el personal especializado para su funcionamiento, obras de mejoramiento en el hospital de Aysén y el inicio de obras del nuevo hospital para la ciudad (Saludhoy, 2012).

2 Se han presentado estas situaciones en centros hospitalarios de las ciudades más pobladas del país; el más reciente ha sido el colapso de la Postal Central en Santiago que llevó a la destitución de su director. La Federación Nacional de los Trabajadores de la Salud FENATS ha declarado que los hospitales requieren que "se aumente la dotación de personal, profesional médico, profesional no médico, paramédicos y auxiliares de servicio, es la herramienta, el mecanismo a través del cual se resuelve el problema. El gobierno tiene que invertir definitivamente [...] hay problemas de atención de pacientes en hospitales como el San José, Sótero del Río y Barros Luco, además de otros recintos de las ciudades más pobladas como Valparaíso y Concepción" (Medrano, 2012).

atención como carencias en la infraestructura hospitalaria, insuficiencias de especialidades y capacidad resolutiva en la atención primaria, y en dificultades de acceso a salud de calidad.

Una realidad similar se presenta con las prestaciones AUGE, que corresponden a garantías explícitas en salud que tienen las personas y que se pueden demandar por incumplimiento[3]. Una de las garantías es la de oportunidad, es decir, la atención de la enfermedad incorporada al AUGE debe producirse en un tiempo determinado. En marzo de 2010, FONASA reconocía la existencia de 380.000 garantías en lista de espera, problema que el Gobierno informó que había solucionado en noviembre de 2011 (FONASA, 2011). En agosto de 2012 se conoció el informe de la Contraloría General de la República (CGR) que verificó la eliminación de las listas de espera AUGE en seis hospitales del país[4] constatando que "de las 3.273 garantías vencidas a esa fecha, 1.455 fueron exceptuadas[5], equivalente al 44,45% del total de las vencidas, es decir, dando cumplimiento a las garantías GES de forma administrativa, lo que implica que los pacientes beneficiarios no recibieron las atenciones de salud garantizadas por la ley Nº 19.966" (Contraloría General de la República, 2012).

La insatisfacción de las personas con la atención que reciben es conocida por las autoridades de salud y está documentada en estudios de opinión y satisfacción de usuarios/as realizados por la Superintendencia de Salud en 2011 y 2012. La lentitud de la atención es una de las causas de mayor insatisfacción con el sistema público de salud[6] (Superintendencia de salud, 2012 a) y, entre quienes requieren hospitalización, existe la percepción de que el no pago significa que se carece de derechos asociados a la atención (Superintendencia de Salud, 2012 b). Resultados similares arroja la investigación realizada por la Universidad Andrés Bello: 66% de las personas encuestadas en las regiones Metropolitana, Valparaíso y Biobío evaluaron negativamente el sistema de salud (UNAB, 2012). A pesar de los esfuerzos de la autoridad sanitaria, la red pública de salud tiene dificultades para satisfacer la demanda de la población con eficiencia, calidad y oportunidad. Las consecuencias las asumen las personas, y esto se refleja, entre otros indicadores, en el alto gasto de bolsillo. La OMS recomienda que este no supere el 20% del gasto sanitario; en Chile, "el dato más conservador estima que del gasto total, 34% corresponde a desembolso directo, y el rubro medicamentos es su componente mayor tanto a nivel público como privado. Desde la perspectiva de la universalidad con equidad, el cuadro descrito representa una dificultad" (OPS/OMS y Ministerio de Salud, 2012 a).

En este capítulo se revisa la ley que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud que entró en vigencia en octubre de este año, las iniciativas para aumentar el acceso a medicamentos y la situación de la salud mental en el país.

NORMAS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El INDH en su Informe Anual 2011 desarrolló los estándares internacionales y explicó las normas nacionales sobre el derecho a la salud. Se especificaron allí los contenidos del derecho y las obligaciones del Estado en la generación de condiciones que permitan a las personas tener oportunidades para gozar de bienestar y buena salud. Sin perjuicio de la consideración a la progresividad en el cumplimiento del pleno goce y ejercicio del derecho a la salud, el Comité del

3 La Superintendencia de Salud informa que Garantías Explícitas en Salud o AUGE se definen como: "El derecho que otorga la ley a todos los afiliados al FONASA y a las ISAPRES y sus respectivas cargas, para ser atendidos en condiciones especiales que garantizan su acceso, oportunidad, (tiempos máximos de espera), protección financiera y calidad, en caso de sufrir cualquiera de los problemas de salud definidos por el Ministerio de Salud". A la fecha en el AUGE están incluidas 69 enfermedades.

4 San Juan de Dios, Sótero del Río y Barros Luco Trudeau de Santiago; Doctor Gustavo Fricke de Valparaíso; el Hospital Regional de Rancagua, en la Región de O'Higgins; y el Hospital Regional de Talca, en la Región del Maule.

5 Mediante oficio ordinario C26 Nº 2.759, de 19 de agosto de 2008, la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, informó a los Directores de los Servicios de Salud, que no se entenderá que hay incumplimiento de la garantía de oportunidad en los casos de fuerza mayor, casos fortuitos o que se deriven de causa imputable al beneficiario, lo que deberá ser debidamente acreditado por FONASA o la ISAPRE. Por ejemplo: la inasistencia reiterada de un paciente a los controles, desistimiento del paciente a su atención vía AUGE, determinación del médico tratante, imposibilidad de contactar al paciente, muerte u otros.

6 En el caso del sistema privado, la mayor insatisfacción está colocada en el alto costo de la atención.

PIDESC ha fijado un piso mínimo que los Estados deben cumplir: acceso a los centros, bienes y servicios de salud sin discriminación alguna y distribuidos de manera equitativa; alimentación esencial, un lugar de habitación con condiciones sanitarias básicas y agua potable, medicamentos esenciales y un plan de acción nacional de salud pública construido sobre la base de evidencia epidemiológica y con participación de la población que preste especial atención a los grupos históricamente discriminados. El Instituto hizo ver las debilidades de la norma constitucional en el reconocimiento del derecho a la salud en tanto no define el alcance de la protección de la salud, y excluye la vulneración del derecho del catálogo de derechos sujetos a tutela judicial a través del recurso de protección (INDH, 2011).

DERECHOS DE LOS Y LAS PACIENTES

El derecho a la salud comprende algunas libertades esenciales como el derecho a no ser sometido a tratamiento médico sin el propio consentimiento, a experimentos e investigaciones médicas o esterilización forzada, y a tortura, tratos crueles o degradantes[7]. Tales garantías se sustentan en la dignidad de las personas y el respeto de su autonomía en la decisión de su proyecto de vida.

En este contexto se han desarrollado los derechos de los pacientes orientados a superar la asimetría en la relación entre estos y los/as profesionales de la salud. Como señala el profesor Daniel Callahan[8]: "Si bien la tradición hipocrática dio primacía al bienestar del paciente, entregó al médico la determinación de lo que constituye tal bienestar. El movimiento por los derechos de los pacientes en las últimas décadas ha desafiado directamente esa tradición. Ha sostenido que, si bien los médicos tienen las habilidades apropiadas para diagnosticar y tratar médicamente a los pacientes, no tienen ninguna capacidad especial para juzgar lo que va en beneficio último de los pacientes o cómo debieran ser resueltos los problemas morales que se encuentran en la práctica clínica". En consecuencia, señala el autor, existe un énfasis mayor en alentar la elección individual y la oportunidad para ejercitarla libremente, así como un compromiso para crear mecanismos que garanticen la calidad de la atención sanitaria (Callahan, 2000).

El ejercicio de los derechos del paciente requiere, al menos, dos condiciones fundamentales: acceder a información y contar con un procedimiento adecuado de consentimiento informado. Las personas tienen derecho a conocer toda la información disponible sobre cualquier actuación en el ámbito de su salud; sin ella, la decisión autónoma resulta imposible. El Comité DESC ha señalado que el derecho a la salud es un derecho inclusivo, que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino que también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud (Observación General Nº 14, párr. 11).

En relación al consentimiento informado, el actual Relator Especial Anand Grover sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental ha señalado que "garantizar el consentimiento informado es un aspecto fundamental del respeto a la autonomía, la libre determinación y la dignidad humana de la persona en un proceso continuo y apropiado de servicios de la atención de salud solicitados de forma voluntaria" (Grover, 2009). En consonancia con lo expresado por el Comité del Pacto DESC, el Relator señala que la protección y la realización del derecho a la salud abarca tanto libertades como derechos: "Entre los derechos figuran la prestación de servicios disponibles, accesibles, aceptables y de buena calidad. Entre las libertades figuran el derecho de la persona a controlar su salud y su cuerpo y a no padecer injerencias como los experimentos médicos no consensuales" (Ibídem).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho a la información (art. 13). Sobre la materia, la Comisión IDH "reconoce que el acceso a la información es un elemento indispensable para recibir tratamiento médico. El consentimiento constituye un principio ético de respeto a la autonomía de las personas que requiere que éstas comprendan las diferentes opciones de

7 Disposiciones en tal sentido están contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Declaración y Convención americanas.

8 El profesor Daniel Callahan es doctor en Filosofía por la Universidad de Harvard y cofundador del Hastings Center de Nueva York, instituto dedicado a la investigación bioética que ha tenido gran influencia en el desarrollo del pensamiento en la materia en las últimas décadas, y suele ser referido por la OMS.

tratamiento entre las cuales se puede elegir. Por su parte, el consentimiento informado implica la existencia de un vínculo horizontal entre médico y paciente. Si bien los profesionales de la salud son quienes conocen mejor las condiciones físicas de los desórdenes de los pacientes y las medidas más apropiadas para la prevención y tratamiento, los pacientes conocen mejor su propia disposición y temperamento, incluyendo la experiencia previa de tratamientos anteriores, preferencias y miedos" (Comisión IDH, 2011). Son parte integrante del consentimiento informado: "i) informar sobre la naturaleza del procedimiento, opciones de tratamiento y alternativas razonables, que incluye los posibles beneficios y riesgos de los procedimientos propuestos; ii) tomar en cuenta las necesidades de la persona así como asegurar que la persona comprenda la información brindada; y iii) asegurar que el consentimiento que se brinde sea libre y voluntario" (Ibídem, párr. 44).

Otros instrumentos internacionales que abordan los derechos del paciente son la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, adoptada en la Conferencia General de la UNESCO en octubre de 2005, y la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial AMM sobre Derechos del Paciente, adoptada en 1981 (enmendada en 1995 y revisada 2005)[9].

Respecto de los/as enfermos/as terminales, la Declaración de Lisboa establece que como parte del derecho a la dignidad, "el paciente tiene derecho a una atención terminal humana y a recibir toda ayuda disponible para que muera lo más digna y aliviadamente posible" (art. 10 c). En casos de ser necesaria una intervención médica urgente y el paciente esté inconsciente, "se debe suponer el consentimiento del paciente, a menos que sea obvio y no quede la menor duda, en base a lo expresado previamente por el paciente o por convicción anterior, que éste rechazaría la intervención en esa situación" (art. 4 b), circunstancia que también es reconocida como legítima por parte del Relator Especial sobre el derecho a la salud (párr. 29) (Grover, 2009).

9 La comunidad europea también se ha dotado de un instrumento particular: la Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa (1993).

DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL

Los instrumentos internacionales otorgan reconocimiento y protección del derecho a la información y al consentimiento informado cuando se trata de personas afectadas en su salud mental. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad establece que los Estados deben otorgarles reconocimiento de su capacidad jurídica, prestarles cuidados fundados en el consentimiento informado, darles protección contra experimentos que no hayan consentido y respetar su integridad física y mental (arts. 12, 15, 16, 17 y 25). El Relator Especial Anand Grover indica que "las políticas y leyes que autorizan tratamientos no consentidos carentes de finalidad terapéutica o que tienen por objeto corregir o mitigar una discapacidad –con inclusión de las esterilizaciones, los abortos, la terapia electroconvulsiva y la terapia psicotrópica innecesariamente invasiva– vulneran el derecho a la integridad física y mental, y pueden constituir tortura y malos tratos" (Grover, 2009). Por su parte, la Declaración de Lisboa establece que si la persona puede tomar decisiones racionales estas deben ser respetadas y, en caso de requerirse el consentimiento del representante legal, el paciente debe participar en las decisiones al máximo que le permita su capacidad (art. 5, a y b).

DERECHO HUMANO A LOS MEDICAMENTOS

El anterior Relator Especial Paul Hunt sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental señala que la atención médica, el tratamiento y control de las enfermedades son características básicas del derecho a la salud que están en función del acceso a medicamentos, por tanto, este es un elemento esencial del derecho. Indica que es responsabilidad de los Estados garantizar que los medicamentos estén disponibles y sean accesibles, culturalmente aceptables y de buena calidad. A estos efectos, se debe contar con una política de medicamentos que tome en especial consideración el acceso con igualdad y sin discriminación de personas y grupos vulnerados por razones de pobreza, pertenencia étnica, edad y género, entre otras (Hunt, 2006).

El acceso a medicamentos es parte del derecho a la salud, y refiere a la "[r]elación entre la necesidad de los productos y la oferta de los mismos, en la cual la necesidad tiene que ser satisfecha en el momento y el lugar requeridos por el paciente (consumidor), con la garantía de calidad y la información suficiente para el uso adecuado"[10].

Una de las expresiones de la compleja relación entre la acción de entes no estatales y derechos humanos es la referida al acceso a medicamentos. En 2001, las Naciones Unidas, consciente de esta tensión, reconocían que en la perspectiva de garantizar progresivamente el derecho a la salud, se debe considerar el acceso a los medicamentos como uno de los componentes fundamentales a los fines de lograr "[l]a plena realización del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" y que ello requiere "evaluar más a fondo las repercusiones de los acuerdos comerciales internacionales sobre el acceso a medicamentos esenciales o su fabricación local y sobre el descubrimiento de nuevos medicamentos"[11].

La necesidad de regular de mejor manera la colisión de intereses entre agentes no estatales por proteger la iniciativa e inversión privada y la del Estado, por asegurar prestaciones básicas, aun a costa de dicho derecho de propiedad, llevó a que la Conferencia Ministerial de la OMC adoptara la Declaración de Doha relativa al acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) y la salud pública (OMC, 2001) que representa en este sentido un esfuerzo por flexibilizar los derechos de propiedad. Así, la Declaración indica "El Acuerdo sobre los ADPIC [Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual] da a los gobiernos la flexibilidad necesaria para ajustar con precisión la protección a la propiedad intelectual otorgada, a fin de alcanzar sus objetivos sociales. En el caso de las patentes, permite que los gobiernos establezcan excepciones de los derechos de los titulares de patente en caso de emergencia nacional o de existencia de prácticas anticompetitivas, o cuando el titular del derecho no ponga a disposición la invención habiéndose cumplido determinadas condiciones" (OMC, 2006). Profundizando dicha política, el Consejo General de la OMC adoptó (2003) la resolución en relación con la aplicación de las disposiciones de dicha Declaración "en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC para obtener acceso a los medicamentos a precios asequibles para los efectos de permitir "[l]a fabricación de versiones genéricas de medicamentos patentados al amparo de licencias obligatorias (es decir, sin el consentimiento del titular de la patente) para su exportación a países que no puedan fabricar por sí mismos los medicamentos". De esta manera "cada Miembro tiene el derecho de determinar lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, quedando entendido que las crisis de salud pública, incluidas las relacionadas con el VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias, pueden representar una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia" (OMC, 2001). Este debate, no obstante las flexibilidades que se han establecido, ha continuado en la dirección de establecer mayores garantías de acceso a medicamentos a poblaciones pobres.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha propuesto, entre otras medidas, fortalecer el concepto de medicamentos esenciales proponiendo una Lista Modelo (OMS, 2010)[12] y ha instado a que en los tratados comerciales que los países suscriban se consideren las flexibilidades referidas a los derechos de propiedad intelectual contenidas en los ADPIC (OMS, 2004). En la misma línea, el Consejo Directivo de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) ha recomendado entre otras acciones que los Estados "formulen políticas de medicamentos genéricos como un medio para aumentar la disponibilidad y la asequibilidad de los medicamentos esenciales" (1.c) y en ese contexto a que se adapte la legislación interna "con el fin de aprovechar al máximo las flexibilidades previstas en el ADPIC" (1.d) (OPS, 2004).

10 Dr. Jorge Bermúdez, vicepresidente de producción e innovación en salud de la Fundación Oswaldo Cruz del Ministerio de Salud de Brasil. (OPS/OMS y Ministerio de Salud, 2012 d).

11 Naciones Unidas. Vigésimo sexto período extraordinario de Sesiones. Resolución aprobada por la Asamblea General, A/res/s-26/2, 2 de agosto de 2001. Anexo. Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA, párr. 15 y 27.

12 La Lista Modelo OMS de Medicamentos Esenciales consta de más de 350 medicamentos para tratar afecciones prioritarias; se actualiza cada dos años mediante un proceso transparente basado en datos probatorios, y los países pueden utilizarla como guía para elaborar sus propias listas nacionales de medicamentos esenciales (OMS, 2010).

LEY DE DERECHOS Y DEBERES DE LOS Y LAS PACIENTES EN CHILE

Luego de 11 años de tramitación en el Congreso se aprobó la ley que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud (Ley 20.584, publicada el 24 de abril de 2012 y en vigencia desde el 1º de octubre)[13]. En el mensaje que acompañó el proyecto se señalaba la necesidad de ajustar las normas a formas de relacionamiento entre el sistema de salud, los equipos de salud y las personas, sobre la base del respeto a los derechos humanos. La presentación de un proyecto de ley sobre la materia en 2001 –en el contexto de la reforma del sector salud– abrió debates: "Hablar sobre derechos de los pacientes se hizo algo común en hospitales y universidades, y la consagración legal del consentimiento informado atrajo el interés de académicos, profesionales y religiosos. La regulación de la muerte digna enriqueció el debate sobre la medicina en los límites de la vida, centrándose en la posibilidad de armonizar el rechazo del ensañamiento u obstinación terapéutica, pero evitando al mismo tiempo, los distintos abusos que pudieran llegar a cometerse"[14]

La ley reconoce el derecho de las personas a que las acciones de salud se otorguen oportunamente y sin discriminación arbitraria (art. 2); y entre otros, incluye los derechos a un trato digno y respetuoso, utilizando un lenguaje adecuado e inteligible –tomando especial cuidado cuando la persona no tiene dominio sobre el idioma español o adolezca de alguna discapacidad– y protección de la vida privada y la honra (art. 5); información suficiente, oportuna y veraz sobre las atenciones de salud que se ofrecen, sus costos y condiciones previsionales (art. 8); autonomía de decisión frente a procedimientos y tratamientos y al consentimiento informado (art. 14); y reserva de la información contenida en la ficha clínica (art. 12). Son deberes de los y las pacientes respetar el reglamento del establecimiento en que se atiendan y a los/as integrantes del equipo de salud y entregar información cierta sobre sus necesidades y problemas de salud (art. 33-36).

13 En el período se presentaron diversas mociones parlamentarias. La primera, "Sobre Derechos de los Pacientes" (boletín Nº 2597-11) en el año 2000, y la última en el año 2006 (boletín Nº4270-11) (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012).

14 Mensaje Nº 223-354, 26 de julio de 2006.

La adopción de esta legislación es un importante avance en el ejercicio del derecho a la salud pues reconoce a los y las pacientes la condición de personas con derechos a tomar decisiones sobre su salud, con autonomía y adecuada información. Con estas disposiciones, la ley busca instituir una nueva forma de relación donde los/as pacientes no estén subordinados/as a la opinión médica, sino que tengan voz y que esta deba ser considerada en los procedimientos que les afectan. La ley es obligatoria para todos los prestadores –públicos y privados, naturales y jurídicos– y todo el equipo de salud (no sólo el personal médico), incluyendo a estudiantes en práctica de campo clínico.

Al mismo tiempo, la ley no resuelve situaciones complejas que afectan a la persona en estado terminal respecto de su derecho a rechazar tratamientos, y deja a su decisión un margen de interpretación ambigua por parte de los/as médicos/as tratantes. Dificultades similares ocurren en las disposiciones de consentimiento informado.

La norma indica que "[l]a persona que fuere informada de que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario. En ningún caso, el rechazo del tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte" (art. 16). En el mismo sentido, el artículo 14 sobre consentimiento informado establece que "[e]n ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio".

Así, por un lado la ley protege al paciente del celo terapéutico desproporcionado que lleva a prolongar innecesariamente el dolor y la agonía de las personas cuestión que está en línea con la ética clínica, que dispone que "[c]omo norma general, la conducta terapéutica del médico debe ser proporcionada, vale decir, que los beneficios esperados para un paciente con un determinado diagnóstico y pronóstico, tienen que guardar proporción con el esfuerzo terapéutico, los sufrimientos del paciente, los costos de toda índole involucrados y los riesgos asumidos. Por esta razón, la proporcionalidad en la acción médica es una exigencia no sólo técnica, sino que también ética, ya que no es lícito llevar a

cabo acciones diagnósticas o terapéuticas desmedidas. Por otra parte, la conducta médica desproporcionada, que es aquella de la que no se puede esperar un beneficio cierto para el enfermo, es técnicamente incorrecta y éticamente reprobable" (Grupo de Estudios de Etica Clínica, 2003).

Por otro lado, aun cuando se hace referencia explícita a aceptar o rechazar un tratamiento, se omite toda alusión a suspender un tratamiento en curso y nada se dice respecto a qué se debe entender por soporte ordinario (Salas, 2012). A esto se agrega que la ley no consagró la expresión de voluntades anticipada o testamento vital que sí contemplaba el proyecto de ley original[15].

En materia de consentimiento informado, aun cuando la ley reconoce la autonomía de la persona en la toma de decisiones, deja un campo a la decisión médica que no es claro en sus límites: "Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante [...], de acuerdo con su edad y condición personal y emocional. Cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información [...] será dada a su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre" (art. 10). La interpretación de la condición de la persona y de las dificultades de entendimiento o la alteración de la conciencia son complejas en la medida en que pueden entrar en colisión los deseos del/la paciente y las percepciones del facultativo que lo atiende.

15 El proyecto de ley original incluía el derecho de la persona a "manifestar anticipadamente su voluntad de someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud. Dicha manifestación de voluntad deberá expresarse por escrito ante un ministro de fe o, al momento de la internación, ante el Director del establecimiento o en quien éste delegue tal función y el profesional de la salud responsable de su ingreso. Para que dicha manifestación de voluntad produzca efecto, la persona debe cumplir con dos condiciones. Por una parte, debe tener un estado de salud terminal. Por la otra, debe encontrarse con incapacidad de manifestar su voluntad, no siendo posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En esta declaración también se podrá expresar la voluntad de donar órganos de acuerdo a lo establecido en la ley Nº 19.451 [...] En esta declaración no se podrán incorporar decisiones o mandatos contrarios al ordenamiento jurídico vigente o propio del arte médico" (art. 18).

Por otro lado, la disposición no hace mención específica a rangos etarios dejando a criterio del/la médico/a el reconocimiento o negación del derecho de decisión autónoma, con lo cual no se incorporan otras normas de salud especialmente referidas al poder de decisión de los y las jóvenes entre 14 y 18 años y la confidencialidad de su atención de salud. Por ejemplo, en materia de salud sexual y reproductiva, la norma sobre regulación de la fertilidad (Ley 20.418) respeta la confidencialidad de la consulta a esta población. En el caso del consumo de drogas o alcohol es necesaria la ponderación del personal de salud a efectos de determinar si se trata de un consumo riesgoso que obligue a informar a los/as adultos/as responsables del/la joven. Dado el escaso conocimiento de los derechos de este grupo poblacional es necesario plantear que la ausencia de disposiciones explícitas que los protejan podría dar lugar a vulneraciones a la autonomía de decisión de los/as jóvenes entre 14 y 18 años.

DESIGUALDADES E INEQUIDADES EN SALUD

ACCESO A MEDICAMENTOS

El acceso a medicamentos es uno de los indicadores relevantes para evidenciar la inequidad en el ejercicio del derecho a la salud. La OPS/OMS recomienda a los Estados incorporar medicamentos genéricos[16] porque "reconoce su contribución a la competencia en el sector farmacéutico generando una disminución de precios y, en consecuencia, la ampliación del acceso y una mejora en la sostenibilidad del sistema público sanitario" (OPS, 2010).

En Chile, los medicamentos representan 57% del gasto de bolsillo en salud de las personas del primer quintil, porcentaje que baja a 39% en el quinto quintil (OPS/OMS y Ministerio de Salud, 2012 b). El Estado ha adoptado medidas para revertir este desequilibrio, entre las que destaca la incorporación de paquetes farmacéuticos en las garantías AUGE. Sin

16 En Chile se entiende por tal "aquel medicamento que es comercializado con la Denominación Común Internacional (D.C.I.) del principio activo; que es el nombre reconocido en cualquier lugar del mundo. Los medicamentos genéricos tienen el mismo principio activo y efecto en el organismo que un medicamento de marca con igual composición y forma farmacéutica" (Ministerio de Salud, 2010).

embargo, la implementación de esta garantía aún presenta deficiencias: para el año 2011, la fiscalización hecha por la Superintendencia de Salud en 293 establecimientos muestra que 42,7% de estos no contaba con stock para uno o más medicamentos y/o insumos para problemas de salud GES tratados en la atención primaria de salud (Superintendencia de Salud, 2011).

La introducción de medicamentos genéricos al mercado enfrenta dificultades que se reflejan en el bajo porcentaje de avance de la bioequivalencia en el país, entendiendo por tal el atributo de un medicamento respecto de un referente, en donde ambos poseen diferentes orígenes de fabricación, contienen igual principio activo y cantidad, y son similares en cantidad y velocidad de fármaco absorbido, al ser administrados por la vía oral, dentro de límites razonables, establecidos por procedimientos estadísticos. En 2010, solo el 35,3% de los laboratorios cumplía con la certificación de las normas de manufactura de calidad de los fármacos (GMP[17]). Por otro lado, las disposiciones sobre bioequivalencia muestran similares déficits de aplicación: a fines de 2011, de 412 medicamentos exigidos bioequivalente, sólo en 54 de estos la industria farmacéutica ha cumplido con el requerimiento del Ministerio de Salud (CEPFAR, 2012). Constituye un avance de este año la implementación de la política de medicamentos con sello de bioequivalencia, que se traduce en la identificación visible al público –a través de un logo– de los productos genéricos respecto de los cuales se ha comprobado científicamente que tienen la misma acción y efectividad terapéutica que el fármaco original de marca.

El Poder Ejecutivo se ha propuesto que al menos 60% de los medicamentos que se consumen en Chile sean genéricos de calidad comprobada, formalizar mediante ley la Agencia Nacional de Medicamentos ANAMED[18], y contar con una Ley Nacional de Fármacos a través de la reforma del Código Sanitario[19]. Estas propuestas de reforma están actualmente en discusión en el Congreso. En particular, el proyecto de Ley Nacional de Fármacos: i) establece la prescripción obligatoria por el nombre genérico y la dispensación por dosis unitarias, la calidad y bioequivalencia de los medicamentos; ii) otorga condición de establecimiento de salud a las farmacias y de profesionales de la salud a los farmacéuticos; iii) promueve el uso racional de medicamentos; y, iv) sanciona los incentivos perversos y la integración vertical. Respecto de incentivos perversos, el Poder Ejecutivo introdujo una indicación que prohíbe "la donación de productos farmacéuticos realizada con fines publicitarios al público en general y los incentivos económicos de cualquier índole que induzcan a los profesionales habilitados para prescribir y dispensar medicamentos o a los dependientes de los establecimientos de expendio, a privilegiar el uso de determinado producto" (art. 100).

En materia de integración vertical[20], la preocupación por evitar su ocurrencia y los efectos que tiene sobre el acceso a medicamentos, particularmente de las personas con menores recursos económicos, proviene del rol de los laboratorios en el caso de colusión en la fijación de precios de medicamentos en que estuvieron involucradas tres de las más grandes cadenas de farmacias del país que concentran más del 90% del mercado nacional[21]. Entre diciembre de 2007

17 De su sigla en inglés –Good Manufacturing Practices GMP– es un estándar de Buenas Prácticas de Manufactura en la Producción Farmacéutica. Las pautas para lograr la certificación GMP en Chile datan del año 1999.

18 Boletín 7805-11, ingresado en julio de 2011.

19 Boletín 6.523-11, refunde los boletines, 6.037-11, 6.331-11 y 6.858-11. Hay que agregar que el Poder Ejecutivo había también enviado un proyecto de ley que autorizaba "la venta de medicamentos que tenga la condición de venta directa en establecimientos comerciales" (boletín 7274-11), el cual fue retirado en agosto de 2012.

20 El término se refiere a que un mismo conglomerado de empresas pueda ser dueño de una cadena de farmacias, de la empresa que distribuye los medicamentos y de un laboratorio. El Colegio Médico, a través de su presidente, ha denunciado que "[…] tres cadenas controlan más del 92% del mercado. Dichas cadenas no sólo expenden medicamentos, sino que también los producen e importan, es decir, se encuentran integradas verticalmente con sus propios laboratorios. Ello provoca que miles de dependientes, diariamente, recomienden a los pacientes las marcas propias de las cadenas, dándoles información errónea e imponiéndoles un mayor costo. Esas cadenas de farmacias tienen sus propias líneas de genéricos, estableciendo un sesgo en la competencia y sacando del mercado al resto de los laboratorios que producen este tipo de medicamentos. Esto lleva al resto de los laboratorios a ofrecer incentivos a las cadenas para lograr la venta de sus productos, lo que se traduce en promociones en el mesón de la farmacia que favorecen la automedicación y vulneran la receta médica. Todas prácticas prohibidas por el Código Sanitario" (Rodriguez, 2009).

21 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol C Nº 184-08. Sentencia núm. 119/2012, de 31 de enero de 2012. Considerando quincuagésimo sexto.

y marzo de 2008 se concertaron con el objetivo de subir los precios de a lo menos 206 productos farmacéuticos. De esta manera se produjo una distorsión de precios respecto de productos calificados de notorios y éticos[22], muchos de ellos destinados a paliar dolencias crónicas[23]. No sólo se atentó gravemente contra un pilar fundamental del modelo económico (libre competencia), sino que se ocasionó un daño social, al afectar el acceso a terapias farmacológicas, incluidos enfermos crónicos. Como lo señala el Tribunal de la Libre Competencia esta circunstancia se ve agravada por la circunstancia que los medicamentos respecto de los cuales operó la colusión, "[h]acen difícil y costosa su sustitución por otros productos, y, en consecuencia, provocan que ésta sea menos amenazante o dañina para los oferentes. En efecto, el 94% de los medicamentos materia del requerimiento se vende bajo receta médica y, por lo tanto y como ya se dijo, no pueden ser sustituidos, en general, sin un cambio de receta, lo que requeriría, además de que el paciente conozca la existencia de alguna alternativa más conveniente, una visita adicional al médico –con los costos que ello implica– y sin que nada garantice que dicho médico estará dispuesto a cambiar su receta original"[24]. A juicio de la Fiscalía Nacional[25] Económica las tres cadenas, producto de esta operación, vieron aumentados sus ingresos brutos en más de $ 27.000.000.000. Lo que representa un hecho aún más reprochable es que dicha colusión se hizo con la anuencia de importantes laboratorios farmacéuticos (incluidos transnacionales), desempeñando éstos el rol de intermediarios de los acuerdos colusivos, para distorsionar precios y de esta manera encarecer el acceso a productos farmacéuticos. Así lo determinó el Tribunal de la Libre Competencia al dar por establecida las prácticas de *trust* tendiente a manipular precios[26]. Apelada la resolución de este tribunal ante la Corte Suprema de Justicia, en fallo unánime (rol 2578-2012) resolvió que: "las empresas implicadas cometieron una infracción de gravedad extrema, habida cuenta de su naturaleza, de sus repercusiones concretas en el mercado de venta al consumidor de los productos farmacéuticos y de la dimensión del mercado geográfico afectado. La fijación de los precios afectó las reglas de la competencia permitiendo a las implicadas prever que infaliblemente obtendrían un beneficio económico. El interés económico se sobrepuso a la dignidad humana, a la vida y a la salud de las personas, puesto que, como se dice por una de las requeridas, los márgenes de colusión llegaron solamente a 185 medicamentos éticos".

En la discusión del proyecto de ley en comento, la Comisión de Salud del Senado incorporó un artículo a efectos de prevenir nuevas situaciones como la expuesta: "Los propietarios y los administradores de una farmacia o de un almacén farmacéutico no podrán ser personas relacionadas con propietarios y administradores de una droguería o laboratorio farmacéutico […]" (art. 129 D). El artículo fue analizado por la Comisión de Constitución del Senado que resolvió que el articulado era inconstitucional dado que introducía una limitación a los derechos a la libertad económica y a la de propiedad de las personas. En opinión de la Comisión, el artículo excede el campo de regulación que se propone el proyecto de ley, y concuerda que los límites a tales derechos ya están considerados en la propia Constitución de la República y existen normas que regulan el mercado y se hacen cargo de estas limitaciones. El proyecto sigue en trámite parlamentario y debieran reponerse regulaciones que eviten la integración vertical.

SALUD MENTAL

La OMS define la salud mental como "un estado de bienestar en el cual el individuo se da cuenta de sus propias aptitudes, puede afrontar las presiones normales de la vida, puede trabajar productiva y fructíferamente y es capaz de hacer una contribución a su comunidad" (OMS, 2011). De la carga mundial de morbilidad, 14% puede atribuirse a trastornos mentales, neurológicos y por abuso de sustancias, situación que se ve agravada por el estigma y las violaciones de los derechos humanos de las personas que padecen estos trastornos.

22 Ibídem, párr. 1.12.

23 Ibídem, Considerando cuadragésimo tercero.

24 Ibídem, Considerando cuadragésimo noveno.

25 Ibídem, párr. 1.28.

26 Ibídem, Considerando centésimo trigésimo segundo.

En Chile, el 23% de los años de vida saludables perdidos por enfermedad[27] se deben a trastornos neuropsiquiátricos, índice superior al promedio mundial (13%) y de la región de Latinoamérica y el Caribe (21%). Los cuadros más frecuentes son: depresión unipolar, dependencia de alcohol, trastornos ansiosos, esquizofrenia, demencias, y trastorno bipolar (OPS/OMS y Ministerio de Salud, 2012 e). Se estima que una de cada tres personas en Chile, niños/as y personas adultas, sufre problemas de salud mental en algún momento de su vida y los trastornos neuropsiquiátricos llegan a representar 31% de la carga de enfermedad en Chile (Ministerio de Salud, Departamento de Salud Mental, 2011). La tasa de suicidio en Chile es superior a 13 por cada 100.000 habitantes (OPS/OMS y Ministerio de Salud, 2012 e).

El peso de los problemas de salud mental ha ido creciendo en la población. Un indicador es el incremento del número de licencias médicas por esta causa: en 1995 ocupaban el tercer lugar y actualmente se ubican en el segundo, a continuación de las enfermedades respiratorias (Superintendencia de Salud, 2012). La información del Ministerio de Salud indica que los problemas de salud mental afectan en mayor medida a las personas con menor nivel educacional, a los más jóvenes y a las mujeres (Ministerio de Salud, Departamento de Salud Mental, 2011).

En las consideraciones de salud mental de la población de un país se han desarrollado algunas mediciones en torno al bienestar subjetivo que tienen las personas[28]. Los resultados muestran que existe una relación directa entre indicadores de bienestar en salud con la condición socioeconómica y con el género. De acuerdo con el Informe de Desarrollo Humano del PNUD 2012, la evaluación subjetiva que hacen las personas de su salud es diferente según el segmento socioeconómico. Un 79% del segmento ABC1 considera su salud buena o muy buena, índice que se reduce a 44% en el grupo D y a 34% en el grupo E. Quienes consideran que su salud es mala o muy mala es un 2% en el ABC1 y un 16% en el grupo E. Con la misma tendencia, el 19% del segmento ABC1 considera que su salud es regular en contraposición al 49% en el grupo E. Las mujeres presentan mayor sintomatología depresiva que los hombres, y la diferencia se agranda en cuadros graves: 35% son hombres y 65% son mujeres (OPS/OMS y Ministerio de Salud, 2012 e).

En Chile se formuló en 1993 el primer plan nacional de salud mental y psiquiatría, al cual dio continuidad el 2° plan 2000-2010 que se vinculó a los Objetivos Sanitarios para la década. Este último estableció un modelo de red de atención y de programas de actividades "que abarcaban los problemas prioritarios. Esto se logró mediante la contratación de profesionales del área de la salud mental como parte de la aplicación del modelo comunitario, de forma que los problemas de salud mental de mayor demanda se podían atender en los consultorios de atención primaria de salud, ubicados en la zona de residencia de los usuarios" (Minoletti & Zaccaria, 2005). Al mismo tiempo, se buscó diversificar la oferta de servicios impulsando la creación de hospitales y centros diurnos, y hogares protegidos[29]; ampliar la inserción de la hospitalización de corta estadía en hospitales generales; des-institucionalizar personas desde los servicios de larga estadía de hospitales psiquiátricos; y reforzar la participación de familiares y destinatarios/as en la formulación y vigilancia de la implementación de la política. A final de la década, la red de salud contaba con psicólogos/as y atención de trastornos mentales en la totalidad de los establecimientos de atención primaria, 73 Centros de Salud Mental Comunitaria, 59 Unidades de Especialidad Ambulatoria, 45 Hospitales de día con 752 plazas y 47 Centros Diurnos de Rehabilitación con un total de 922 plazas (Ministerio de Salud, Departamento de Salud Mental, 2011).

Sin embargo, la evaluación de los Objetivos Sanitarios de la década pasada mostró pocos resultados en materia de salud: no se redujo la tasa de mortalidad por suicidios, ni los niveles de consumo de alcohol y drogas ilegales, y tampoco se obtuvo resultados concluyentes en la prevalencia de

27 De acuerdo a la definición que da la OMS/OPS, este indicador combina el índice de mortalidad temprana con el índice de discapacidad que puede provocar la enfermedad en los sobrevivientes.

28 El bienestar subjetivo se produce cuando las personas tienen evaluaciones positivas tanto de sí mismas como de la sociedad en que viven. Bienestar subjetivo en Chile: reflexiones a partir del informe de desarrollo humano 2012. Presentación de Pablo González, coordinador del Informe sobre Desarrollo Humano del PNUD, en la 9ª jornada Foro de Salud (OPS/OMS y Ministerio de Salud, 2012 e).

29 Se entiende por tal, "una instancia residencial alternativa, para personas con discapacidad de causa psíquica que no tienen las habilidades para vivir en forma independiente y no cuentan con el apoyo de sus familias". Ministerio de Salud, Norma Técnica sobre Hogares Protegidos, octubre 2000.

trastornos depresivos. Existen igualmente grandes brechas de atención, pues la demanda supera en grado importante la oferta de servicios. En Chile hay 0,15 camas psiquiátricas por cada 1.000 habitantes, y menos de 0,5 psiquiatras por cada mil habitantes, lo que convierte al país en uno de los con menor disponibilidad entre quienes integran la OCDE (OPS/OMS y Ministerio de Salud, 2012 e). Aún persiste una brecha de 1.000 personas en lista de espera para ingreso a dispositivos residenciales (Corfausam, 2012 a). Se estima que la brecha de camas de corta estadía de adultos a nivel país de acuerdo al estándar en uso (1 por cada 6.000 adultos) es de 882 camas, y de 259 camas para el caso de las cortas estadías adolescentes. A nivel ambulatorio, si se requiere un Equipo de Salud Mental y Psiquiatría Comunitaria por cada 40.000 beneficiarios/as, se necesitan todavía 331 equipos (Ministerio de Salud, Departamento de Salud Mental, 2011).

A ello se agrega que las personas con discapacidades mentales son objeto de discriminación en la sociedad en general, y la desigualdad se refleja en los índices sociales: en Chile hay 219.890 personas con discapacidad mental (leve a severa) y la tercera parte pertenece al 20% más pobre de la población; 17% es la tasa de participación laboral de la población chilena con discapacidad mental mayor de 15 años (CASEN 2009).

A la fecha, el Ministerio de Salud –a través del Departamento de Salud Mental– está diseñando una nueva Estrategia Nacional de Salud Mental que tiene como ejes rectores: salud mental en todas las políticas, salud mental a lo largo de la vida, promoción de la ciudadanía, decisiones basadas en evidencia y Salud Mental integrada a la salud general en un modelo comunitario de atención (Ministerio de Salud, Departamento de Salud Mental, 2011). Otro avance ha sido la incorporación de tres trastornos mentales al sistema GES –esquizofrenia, depresión y consumo perjudicial de sustancias en 2005, 2006 y 2007 respectivamente–, lo que ha permitido aumentar las coberturas de atención, y el Ministerio de Salud ha programado la incorporación del trastorno bipolar y la depresión en menores de 15 años el año 2013 (OPS/OMS y Ministerio de Salud, 2012 e).

Por su parte, la ley de derechos y deberes del paciente recientemente aprobada contiene varios artículos respecto de las personas con discapacidades mentales. Establece el respeto a su dignidad y derechos humanos, su aceptación hasta el máximo de posibilidades de los tratamientos propuestos, e indica que el Ministerio de Salud debe, a través de normas específicas, asegurar atención oportuna y de igual calidad a las personas con discapacidad física y mental. La ley protege a la persona de la hospitalización involuntaria y de tratamientos invasivos e irreversibles, y condiciona las medidas de aislamiento o contención física y farmacológica a eventos extraordinarios, cuando no exista otra alternativa menos restrictiva y sea proporcional en relación a la conducta gravemente perturbadora o agresiva (art. 26). Al mismo tiempo, establece la Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales, la que debe velar por la protección de derechos y defensoría de las personas que tienen esta condición en la atención de salud entregada por proveedores públicos y privados (art. 29).

Las disposiciones de la ley son un avance en la protección de los derechos de las personas con discapacidades mentales así como la Estrategia Nacional de Salud Mental actualmente en elaboración, cuya visión es "[a]l año 2020 y a través de los esfuerzos integrados de los sistemas de salud, de protección social, de trabajo, educación, vivienda, justicia y otros, los chilenos habrán avanzado en la construcción de un país que, desde el nacimiento y a lo largo de toda la vida de las personas, promueve la salud mental, previene la aparición de enfermedades mentales y garantiza a todos, el acceso a programas sanitarios e intersectoriales de alta calidad, en un marco de respeto a los derechos humanos" (Ministerio de Salud, Departamento de Salud Mental, 2011).

Las organizaciones de la sociedad civil indican que existen aún graves falencias en la política de salud mental en el país. Entre estas: concentración de la oferta de atención en dispositivos hospitalarios o clínicos, focalizados principalmente en adultos; escasos dispositivos ambulatorios de apoyo social que favorezcan y acompañen la inclusión social de las personas con discapacidad mental; ausencia de oferta destinada a adolescentes con discapacidad mental; mínima oferta con mirada integral que involucre a diferentes estamentos del Estado (trabajo, educación, vivienda, salud, cultura); y, débil formación de profesionales del área

de la salud y educacional para abordar a población con discapacidad mental (Fundación Tacal & Fundación Rostros Nuevos, 2012). Se reclama, igualmente, "la dispersión en normas y reglamentos específicos que no cubren todo el espectro y por tanto son insuficientes, y a veces incluso contradictorios" (Corfausam, 2012 b), y el insuficiente presupuesto. La OMS propone para países de ingreso medio que el presupuesto de salud mental alcance, al menos, el 5% del presupuesto de salud general; sin embargo, en Chile, en 2010 se estimó en 2,8% o 2,9% (OPS/OMS y Ministerio de Salud, 2012 e).

El INDH alienta la adopción de una ley de salud mental que proteja, asegure y garantice todos los derechos de las personas con afecciones de salud mental, y que otorgue base legal a los planes de salud mental del Ministerio de Salud de manera que no estén sujetos a la voluntad de los gobiernos y tengan financiamiento suficiente, tal como lo han señalado las organizaciones de la sociedad civil que defienden los derechos de las personas con afecciones de salud mental[30].

30 Ver Corfausam, 2012 b.

BIBLIOGRAFÍA

Biblioteca del Congreso Nacional. (2012). *Historia de la Ley N° 20.584.*

Callahan, D. (2000). La inevitable tensión entre la igualdad, la calidad y los derechos de los pacientes. In OPS/OMS, *Bioética y cuidado de la salud. Equidad, calidad y derechos.*

CEPFAR. (21 de mayo de 2012). *Bioequivalencia: fracaso de una política pública.* Recuperado el 20 de octubre de 2012, de CEPFAR: http://www.politicasfarmaceuticas.cl/2012/05/21/bioequivalencia-en-chile-el-fracaso-de-una-politica-publica

Comisión IDH. (2011). *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos.*

Contraloría General de la República. (2012). *Informe final sobre auditorías efectuadas en seis hospitales públicos para verificar el término de las listas de espera de las garantías explícitas de salud GES.* Santiago.

Corfausam. (2012 b). La urgencia de una ley de salud mental para Chile. Fundamentos que respaldan esta demanda. *Declaración*. Santiago.

Corfausam. (2012 a). Los fundamentos para organizarnos y elaborar nuestro petitorio. *Primer encuentro nacional de organizaciones de usuarios, familiares y amigos de personas con afecciones de salud mental.* Santiago.

FONASA. (23 de noviembre de 2011). *Misión cumplida, Presidente: terminaron las históricas listas de espera Auge.* Recuperado el 18 de octubre de 2012, de FONASA: http://www.fonasa.cl/wps/wcm/connect/internet/SA-General/Informacion%20Corporativa/Historial%20de%20Noticias/2011/Noviembre/NOTICIA_20111123

Fundación Tacal & Fundación Rostros Nuevos. (2012). *Situación de los derechos humanos de las personas con discapacidad mental en la comunidad.* Santiago.

Grover, A. (2009). *Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.* Asamblea General de Naciones Unidas.

Grupo de Estudios de Etica Clínica. (2003). Sobre las acciones médicas proporcionadas y el uso de métodos extraordinarios de tratamiento. (S. M. Santiago, Ed.) *Revista Médica de Chile , vol.131,* (n.6).

Hunt, P. (2006). *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.*

INDH. (2011). *Informe Anual 2011 Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

Medrano, C. (29 de junio de 2012). *Acusan de "mediática" colaboración del Ejército ante colapso de hospitales públicos.* Recuperado el 16 de octubre de 2012, de Radio Universidad de Chile: http://radio.uchile.cl/noticias/159059/

Ministerio de Salud. (2011). *Estrategia Nacional de Salud para el Cumplimiento de los Objetivos Sanitarios 2011-2020.* Santiago.

Ministerio de Salud. (2010). *Uso racional de medicamentos. Una tarea de todos.* Santiago.

Ministerio de Salud, Departamento de Salud Mental. (2011). *Estrategia Nacional de Salud Mental: Un Salto Adelante. Documento de trabajo*. Santiago.

Minoletti, A., & Zaccaria, A. (2005). Plan Nacional de Salud Mental en Chile: 10 años de experiencia. *Revista Panamericana de Salud Pública 18(4/5).*

OMC. (2001). Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública. Doha.

OMC. (septiembre de 2006). *Los ADPIC y las patentes de productos farmacéuticos.* Recuperado el 20 de octubre de 2012, de Organización Mundial del Comercio: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/implem_explained_s.htm#trips

OMS. (2004). Expansión del tratamiento y la atención en el marco de una respuesta coordinada e integral al VIH/SIDA. *57 Asamblea Mundial de la Salud.*

OMS. (junio de 2010). *Medicamentos: medicamentos esenciales.* Recuperado el 30 de octubre de 2012, de OMS: http://who.int/mediacentre/factsheets/fs325/es/index.html

OMS. (octubre de 2011). *Salud mental: un estado de bienestar.* Recuperado el 28 de octubre de 2012, de OMS: http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/es/index.html

OPS. (2004). Acceso a medicamentos. *45º Consejo Directivo.* Washington D.C.

OPS. (2010). *Guía para la implementación de Estrategias de Medicamentos Genéricos en los países de América Latina y El Caribe como mecanismo para mejorar el acceso a medicamentos.* Washington.

OPS/OMS y Ministerio de Salud. (2012 b). ¿Cómo mejorar el acceso a medicamentos en Chile? *3era jornada Foro de Salud.* Santiago.

OPS/OMS y Ministerio de Salud. (2012 a). Alternativas de financiamiento para las coberturas de salud en Chile. *1era jornada Foro de Salud.* Santiago.

OPS/OMS y Ministerio de Salud. (2012 c). Estrategia nacional de salud, ¿debe ser una política de Estado? *8va Jornada Foro de Salud.* Santiago.

OPS/OMS y Ministerio de Salud. (2012 e). Invertir en salud mental: ¿cordura o locura? *9na Jornada Foro de Salud.* Santiago.

OPS/OMS y Ministerio de Salud. (2012 d). Lobby farmacéutico y derecho a la salud. *5a Jornada Foro de Salud.* Santiago.

Rodríguez, P. (13 de mayo de 2009). *Medicamentos y receta médica.* Recuperado el 30 de octubre de 2012, de Ideas & Debates: http://blog.latercera.com/blog/3ideasydebates/entry/medicamentos_y_receta_m%C3%A9dica

Salas, S. (2012). Derechos de las personas. Aproximación desde la bioética y su efecto en la práctica medica. *Nueva ley de derechos y deberes del paciente. Paradigmas de un nuevo escenario.* Santiago: UDP.

Saludhoy. (22 de febrero de 2012). *Mañalich llega a acuerdo pleno con comunidad de Aysén sobre demandas en salud.* Recuperado el 15 de octubre de 2012, de Saludhoy: http://saludhoy.cl

Superintendencia de Salud. (2011). *Informe de fiscalización medicamentos garantizados en el sector público 2011.* Santiago.

Superintendencia de Salud. (2012). *Estadísticas licencias médicas 2011.* Recuperado el 15 de octubre de 2012, de Superintendencia de Salud: http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/w3-propertyvalue-3748.html

Superintendencia de salud. (2012 a). *Estudio de Opinión y Satisfacción de Usuarios*. Santiago.

Superintendencia de Salud. (2012 b). *Estudio de satisfacción usuaria, atención de salud hospitalaria 2012.* Santiago.

UNAB. (2012). *Indice de expectativa, percepción y experiencia de calidad de salud.* Santiago: Instituto de Salud Pública de la Universidad Andrés Bello.

2

DERECHO AL TRABAJO Y DERECHOS LABORALES



Fotografía: Enrique Cerda



DERECHO AL TRABAJO Y DERECHOS LABORALES 2

ANTECEDENTES

Las obligaciones del Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos operan tanto en la dimensión individual como colectiva del derecho al trabajo y los derechos laborales[1]. "Su debido respeto y protección tiene consecuencias tanto en la persona, como en su entorno y en la sociedad en que vive generando las condiciones para su independencia, autonomía y desarrollo" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 141).

El INDH señaló algunos de los obstáculos que existen en el ejercicio de derechos en este ámbito, reflejados en su débil reconocimiento constitucional, en la baja sindicalización marcada desde la recuperación de la democracia, en las insuficiencias normativas para el ejercicio del derecho a huelga y las dificultades prácticas para el ejercicio de la negociación colectiva, así como en las tasas de accidentes laborales (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 141).

Durante 2012, la difusión de los resultados de la Casen 2011 revelaron una mejora en ciertos indicadores de la dimensión individual del derecho al trabajo: la creación de 210.240 empleos en comparación a 2009, un aumento de la tasa de ocupación (de un 50% en 2010 a un 51,6% en 2011) y una disminución de la tasa de desocupación (de un 10,2% en 2010 a un 7,7% en 2011) (Ministerio de Desarrollo Social, 2012). No obstante lo anterior, existen opiniones que analizan críticamente estas cifras, mencionando la relevancia de considerar también la calidad de los empleos que se crean. Al respecto la Fundación Sol ha planteado que "actualmente en Chile un trabajo registrado como asalariado no está asegurando mejores condiciones en cuanto a protección, estabilidad e ingresos" (Fundación Sol, 2012, pág. 5).

Por su parte, durante 2011 hubo 19.766 accidentes laborales más que en 2010 (Superintendencia de Seguridad Social, 2011). En el ámbito del ejercicio colectivo de derechos, durante el primer semestre de 2012, 37 empresas fueron condenadas por prácticas antisindicales en el país, cinco más que en el último semestre de 2011 (Dirección del Trabajo, 2012a). En materia de igualdad y no discriminación, según el Informe Mundial de Género 2012 del Foro Económico Mundial, Chile ocupa el puesto 127 –entre 135 países– respecto a la diferencia salarial entre hombres y mujeres por un trabajo de las mismas características, (Foro Económico Mundial, 2012, pág. 144).

El Estado debe resguardar el derecho al trabajo y los derechos laborales de todas las personas, independientemente de si su régimen laboral es público o privado. Esto adquiere relevancia cuando se analizan las condiciones laborales de quienes trabajan en la administración pública, la que tiene en Chile una regulación específica, y donde existe un uso de los contratos de honorarios no acorde a la función para la cual fueron establecidos en la legislación.

El presente capítulo revisa algunos aspectos de la seguridad laboral –es decir, cómo el Estado asegura el derecho de toda persona trabajadora a condiciones de trabajo adecuadas para resguardar su derecho a la integridad física, psíquica y a la salud– y la situación del ejercicio de derechos colectivos en el trabajo como la sindicalización, la negociación colectiva y el derecho a huelga. Finalmente, el capítulo aborda

1 El INDH en su Informe Anual 2011, y a partir de los estándares internacionales de derechos humanos, entiende el derecho al trabajo como el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida trabajando; mientras que los derechos laborales son entendidos como el conjunto de garantías con que debe cumplir un trabajo. Ver Informe Anual 2011. Capítulo Derecho al Trabajo y Derechos Laborales.

la situación de las personas que trabajan en la administración pública del Estado[2].

NORMAS NACIONALES Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Como reflejó el análisis realizado en 2011, el derecho al trabajo en Chile está reconocido débilmente en la Constitución[3], como la libertad de optar por un trabajo, la libertad de contratar, el derecho a la negociación colectiva y a sindicalizarse, pero sin referirse a estos en tanto un derecho al trabajo y a derechos laborales (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 143). A ello se suma que no todas las garantías en materia laboral están protegidas por la acción constitucional de protección, lo que configura un cuadro precario para la defensa de estos derechos[4].

Para el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho al trabajo y los derechos laborales han sido materia de atención constante. En materia de sindicalización, el art. 2 del Convenio 87 de la OIT sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación señala que "los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas". El art. 3 señala que "las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal". Por su parte, los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT tiene entre sus cuatro puntos fundamentales "la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva"[5].

Justamente en relación con la negociación colectiva, el Convenio 154 de la OIT sobre esta materia establece la obligación de "adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva", agregando a modo de condición que "la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad" (art. 5).

En cuanto al derecho a huelga, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT ha reconocido este derecho "como un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales" (Organización Internacional del Trabajo, 2006, pág. 115). Del mismo modo ha planteado que "es preciso [...] que los trabajadores, y en particular los dirigentes de los mismos en las empresas, estén protegidos contra eventuales actos de discriminación a consecuencia de una huelga realizada en dichas condiciones, y que puedan constituir sindicatos sin ser víctimas de prácticas antisindicales" (Organización Internacional del Trabajo, 2006, pág. 116).

Por su parte, en materia de seguridad en el trabajo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido que "los Estados Parte deben adoptar las medidas necesarias, tanto legislativas como de otro tipo, para reducir en la mayor medida posible el número de trabajadores en la economía sumergida, trabajadores que, a resultas de esa situación, carecen de protección. Estas medidas obligarán a los empleadores a respetar la legislación laboral y a declarar a sus empleados, permitiendo así a estos últimos disfrutar de todos los derechos de los trabajadores, en particular los consagrados en los artículos 6, 7 y 8 del Pacto"[6]. Además, el Convenio 187 de la OIT sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, ratificado por Chile en 2011, señala expresamente en su art. 2 que "todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá promover la mejora continua de la seguridad y salud en el trabajo con el fin de prevenir las lesiones, enfermedades y muertes ocasionadas por el trabajo mediante el desarrollo de una política, un sistema y un programa nacionales, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores".

2 El presente capítulo se centra en funcionarios públicos que desempeñan labores en la administración central del Estado y en municipalidades.

3 Constitución Política de la República, art. 19, Nº 16.

4 Para mayor información, ver Informe Anual 2011 (INDH), Capítulo de derecho al trabajo y derechos laborales, pág.141.

5 OIT. Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. 86º sesión. Junio de 1998, párr. 2.a.

6 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Nº 18. El derecho al trabajo. E/C.12/GC/18. 6 de febrero de 2006, párr. 10.

En cuanto a la situación laboral de las y los empleados públicos, el Convenio 151 de la OIT sobre las relaciones de trabajo en la administración pública vigente en Chile, señala en su art. 4 que "los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo". Añade el artículo que tal protección opera contra todo acto que tenga por objeto "sujetar el empleo del empleado público a la condición de que no se afilie a una organización de empleados públicos o a que deje de ser miembro de ella" o "despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización". En cuanto a las fuerzas armadas y de orden señala que "la legislación nacional deberá determinar asimismo hasta qué punto las garantías previstas en el [...] Convenio [le] son aplicables" (art. 3).

Asimismo, en el caso Atala Riffo y niñas vs Chile, la Corte IDH estableció este año como obligación del Estado en relación con sus funcionarios, que "la orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual"[7].

SEGURIDAD LABORAL

Garantizar condiciones de seguridad laboral es un requisito para prevenir y disminuir las cifras de accidentes y enfermedades en la materia. En este sentido, se debe revisar con atención las causas que hayan provocado que durante 2011 se produjeran 19.766 accidentes laborales más que en 2010.

La revisión por parte de las autoridades respecto al mayor número de accidentes debe considerar también las áreas donde hubo mayor crecimiento porcentual: construcción (18,9%), comercio (14,8%) y servicios financieros (13,6%)[8]. También existió un aumento en la cantidad de días perdidos producto de accidentes laborales. Si en 2010 se perdieron 3.793.710 días por accidentes laborales, en 2011 esta cifra aumentó a 4.192.749, es decir, un 10,5% (Superintendencia de Seguridad Social, 2011). Así, el sector de la construcción es el que presenta un mayor crecimiento porcentual en relación a 2010, al aumentar en un 18,6% los días perdidos, seguido de los servicios financieros (17,5%), comercio (15,9%), electricidad, gas y agua (15,2%), transporte y telecomunicaciones (11,3%), industria manufacturera (8,4%), agricultura y pesca (6,3%) y servicios comunales y personales (3,6%) (Superintendencia de Seguridad Social, 2011).

CUADRO. TOTAL DE ACCIDENTES LABORALES Y ENFERMEDADES PROFESIONALES (2007-2011)

	2007	2008	2009	2010	2011
En el trabajo	206.464	213.324	191.685	205.769	225.535
Trayecto	39.702	41.335	42.163	48.369	51.978
Enfermedades profesionales	5.577	5.866	4.171	5.308	5.656
Total	246.166	254.659	233.848	254.138	277.513

Fuente: Superintendencia de Seguridad Social. Balance Estadístico 2011.

Asimismo, también se deben atender las razones por las cuales en 2011 hubo más enfermedades laborales declaradas. Si en 2010 las enfermedades laborales informadas fueron 5.308, en 2011 dicha cantidad aumentó a 5.656, es decir, un 6,5%. Esto a su vez también se tradujo en un aumento de los días perdidos por enfermedades laborales, ya que de 176.325 días perdidos en 2010, en 2011 aumentó a 225.180, es decir, un crecimiento porcentual de 27,7% (Superintendencia de Seguridad Social, 2011).

El incremento de los accidentes laborales y enfermedades laborales ha significado asimismo un aumento en las denuncias ingresadas a los tribunales de justicia a causa de estos. Durante el 2011 ingresaron un total de 1.071 demandas, mientras que a julio de 2012 la cifra llegaba a 888 demandas. Si bien las cifras totales no son comparables, si se observa el promedio mensual de ingreso, durante 2011 fue de 89,2 demandas, mientras que a julio de 2012 ese promedio mensual había aumentado a 126,8[9].

7 Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 221.

8 Cifras elaboradas por el INDH a partir de la información en Boletines Estadísticos 2010 y 2011 de la Superintendencia de Seguridad Social.

9 Corporación Administrativa del Poder Judicial. Oficio Nº 7897 de fecha 1 de octubre de 2012, en respuesta al INDH. La cifra promedio se obtuvo dividiendo el total de demandas ingresadas por el número de meses en las que esas demandas fueron presentadas.

Los estándares internacionales en derechos humanos establecen como obligación del Estado crear e implementar una política nacional en materia de seguridad e higiene laboral. En este sentido, el Presidente de la República anunció en 2011 un conjunto de medidas para crear una política nacional de seguridad laboral, entre ellas, la presentación de un proyecto de ley que modifica la ley orgánica de la Superintendencia de Seguridad Social y crea la Intendencia de Seguridad Laboral (Gobierno de Chile, 2011), el cual se encuentra en segundo trámite constitucional en el Congreso[10]. El proyecto incorpora a la Superintendencia de Seguridad Social una intendencia de Seguridad y Salud en el Trabajo, cuya función principal será el estudio, análisis, evaluación y fiscalización de los organismos administradores de la Ley 16.744 sobre seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y, además, estará a cargo de la sistematización de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo. Asimismo, el proyecto otorga mayores facultades fiscalizadoras a la Superintendencia y deja bajo su responsabilidad la creación e implementación del Sistema de Información del Seguro Social contra Riesgos por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Además, en diciembre de 2011, el Poder Ejecutivo designó a los cinco miembros del Consejo Consultivo para la Seguridad y Salud en el Trabajo[11]. Este Consejo se creó como un órgano asesor del Presidente de la República en materia de seguridad laboral y, entre sus funciones, se encuentra analizar y emitir su opinión sobre la Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo y emitir periódicamente su opinión sobre el funcionamiento del Sistema Nacional y del Programa Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo[12].

En definitiva, el respeto a los derechos laborales se logra, en parte, al contar con una política de seguridad laboral acorde a los estándares internacionales de derechos humanos, que garantice la integridad física y psíquica y la salud de las personas trabajadoras, y que sea evaluada periódicamente con el fin de mejorar los problemas que se identifiquen. En este sentido, las cifras comentadas deben ser analizadas tanto por el Poder Ejecutivo como por el Legislativo para adoptar las medidas necesarias que fortalezcan la política y la normativa en la materia.

SINDICALIZACIÓN, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

En 2011, el INDH planteó que una normativa robusta en materia de derechos colectivos, que entregue facilidades para la creación de sindicatos y herramientas para la negociación colectiva, y elimine los obstáculos que persisten para el derecho a la huelga, constituye la primera garantía y protección para los trabajadores y trabajadoras (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 147).

En este sentido, la tasa de sindicalización sigue siendo baja, toda vez que el aumento porcentual en comparación a 2010 fue de un 0,1%, llegando al 11,8% (Dirección del Trabajo, 2012b, pág. 12). Pese a lo anterior, los sindicatos aumentaron en 439 entre 2010 y 2011, lo que implica un aumento significativo en relación al período anterior (2009-2010) donde hubo un aumento de 95 sindicatos. Del mismo modo, entre 2010 y 2011 aumentó la cantidad de personas afiliadas a sindicatos en un 3,9%, lo que equivale a 33.794 personas trabajadoras[13].

Los empleadores tienen el deber de abstenerse de llevar a cabo acciones o prácticas que impidan el funcionamiento de un sindicato. Durante el primer semestre de 2012, la Dirección del Trabajo sancionó a 37 empresas por prácticas antisindicales tales como ofrecer beneficios a trabajadores para retirarse del sindicato, separar a un trabajador con fuero sindical, reemplazar trabajadores durante una huelga,

10 Proyecto de Ley que crea la Intendencia de Seguridad y Salud en el Trabajo, fortalece el rol de la Superintendencia de Seguridad Social y actualiza sus atribuciones y funciones. Boletín 7829-13. El proyecto surge a propósito de la recomendación planteada a fines de 2010 por la Comisión Asesora Presidencial para la Seguridad en el Trabajo, creada a propósito del accidente de los 33 mineros en el norte del país.

11 Decreto Nº 33 de 21 de diciembre de 2011 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social que designa integrantes del Consejo Consultivo para la Seguridad y Salud en el Trabajo. Este Consejo fue una de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo tras el accidente de los 33 mineros en el norte del país en 2010. El consejo está constituido por el abogado Héctor Humeres, quien lo preside; Carlos Portales, Cirilo Córdova, Luis Morales y Miguel Ángel Salinas.

12 Decreto Supremo Nº 19 de 29 de septiembre de 2011 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, art. 2.

13 Datos obtenidos a partir de la información contenida en el Compendio de Series de Estadísticas 1990-2011 de la Dirección del Trabajo, capítulo sobre Sindicalización.

y desincentivar la sindicalización, entre otros. Esto muestra un aumento en relación al segundo semestre de 2011, donde 32 empresas fueron sancionadas por prácticas antisindicales (Dirección del Trabajo, 2011). En este escenario, los casos donde se aplicaron mayores multas (de 150 y 300 UTM) fueron a empresas que ejercieron actos de injerencia sindical y actos de discriminación sindical (Dirección del Trabajo, 2012a).

Dentro de las empresas denunciadas se encuentra la cadena de café Starbucks, la que entre agosto de 2011 y octubre de 2012 ha sido condenada tres veces por la justicia[14]. En la última sentencia, la Corte de Apelaciones de Santiago condenó a la empresa por prácticas antisindicales tales como prestar asesoría legal y apoyar a un grupo de trabajadores con el objeto de censurar a la comisión negociadora, incurrir en declaraciones descalificatorias e insultos hacia los dirigentes y otorgar vacaciones a un mayor número de trabajadores sindicalizados que a los que no lo estaban, a los efectos de alterar el quórum requerido para votar la huelga[15]. Posteriormente, la Corte Suprema rechazó un recurso de unificación de jurisprudencia en contra de la sentencia, el que fue declarado inadmisible por la Corte Suprema en octubre de 2012[16], quedando así la sentencia firme y ejecutoriada.

La importancia de un sindicato tiene relación también con el ejercicio de otros derechos laborales colectivos como la negociación colectiva. Durante 2011 entraron en vigencia un total de 3.008 instrumentos colectivos[17], es decir, un aumento del 9,5% en relación a 2010; éstos beneficiaron a 44.123 trabajadores/as más que el año anterior. Del total de instrumentos que entraron en vigencia durante 2011, 2.349 fueron celebrados por sindicatos, es decir, el 78% (Dirección del Trabajo, 2012c). De estos últimos, el 91,9% (2.161 instrumentos) fueron logrados por los sindicatos mediante acuerdos con los empleadores (Dirección del Trabajo, 2012c, pág. 39)[18].

Al observar este fenómeno por rama de actividad económica se constata que aquellas con mayor sindicalización coinciden con aquellas con más instrumentos colectivos. Así, los instrumentos que entraron en vigencia en 2011 se concentran en la industria manufacturera (696 instrumentos que equivalen al 23,1%), comercio (448 instrumentos que equivalen al 14,8%), transporte, almacenamiento y comunicaciones (344 instrumentos que equivalen al 11,4%) y actividades inmobiliarias, empresariales y alquiler (232 instrumentos que equivalen al 7,7%) (Dirección del Trabajo, 2012c, pág. 19).

Por tamaño de empresa, los instrumentos colectivos se concentran en un 79,3% en la gran empresa, 17,6% en la mediana empresa, un 3,1 en la pequeña empresa y un 0,02% en la microempresa. Esto tiene diversas explicaciones, siendo una de ellas la ya abordada por el INDH, en relación con que la normativa actual en Chile no permite que los beneficiados con una negociación colectiva sean menos de ocho trabajadores (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 149).

Un obstáculo para los procesos de negociación colectiva, como también para la constitución de organizaciones sindicales, es la figura conocida como "multirrut". El problema se origina en la definición de empresa que establece el Código del Trabajo en su art. 3[19], al señalar que la empresa tiene una "identidad legal determinada", es decir, un Rol Único Tributario (RUT), lo que ha sido interpretado como la posibilidad de establecer distintas empresas formalmente independientes con diversos RUT, pese a que en términos efectivos correspondan a una misma. La fundamentación de esta segmentación es que constituye un mecanismo para que las empresas mejoren la asignación de recursos y la eficiencia económica (Libertad y Desarrollo, 2011). Sin embargo, esto implica –entre otras cosas– un obstáculo para la negociación colectiva

14 Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Rol S-32-2011. Sentencia del 17 de agosto de 2011; y Rol S-39-2011. Sentencia del 4 de junio de 2012 y; Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Rol S-79-2011. Sentencia del 28 de marzo de 2012, modificada posteriormente por la Corte de Apelaciones de Santiago. Rol Nº 552-2012. Sentencia de reemplazo de 9 de julio de 2012.

15 Corte de Apelaciones de Santiago. Rol Nº 552-2012. Sentencia de 9 de julio de 2012. Considerando segundo de la sentencia de reemplazo.

16 Corte Suprema. Rol Nº 6787. Sentencia de 3 de octubre de 2012.

17 El instrumento colectivo es el documento en el cual se expresa el resultado del proceso de negociación.

18 El porcentaje restante a los acuerdos fue mediante otros medios que establece la ley que operan de manera subsidiaria a una falta de acuerdo entre el sindicato y la parte empleadora, como es el servicio de mediación, buenos oficios y la última oferta, entre otros.

19 El artículo define empresa como "toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada".

de los trabajadores al verse obligados a tratar de manera independiente con cada sociedad al interior de una empresa como si fuesen distintas y autónomas unas de otras. Frente a esto, los sindicatos tienen la posibilidad de acudir ante la Dirección del Trabajo en virtud de sus funciones generales establecidas en su DFL Nº 2 de 1967[20] o ante tribunales de justicia para que revisen si se está frente a una única empresa y de ser así, si ella debe negociar con la totalidad de los trabajadores.

Un ejemplo de ello es la sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, la que en septiembre de 2012 estableció que Comercializadora S.A., Inversiones y Tarjetas S.A., Administradora Plaza S.A., Comisiones y Cobranzas S.A. y Gestión de Créditos Puentes S.A. correspondían todas a la empresa de retail Hites S.A., en razón que "en la práctica, actúan de forma concertada como una sola unidad o empresa, valiéndose de los mismos medios materiales e inmateriales, con miras a obtener un objetivo común" y, por lo tanto, acogió la demanda estableciendo que "el Sindicato demandante puede negociar con esta única empresa y que puede incorporar como socios a trabajadores de esta única empresa"[21].

Se trata de un problema que es reconocido por el gobierno. Al respecto, la Ministra del Trabajo, Sra. Evelyn Mathei, señaló ante el Senado que "todos hemos tenido la firme voluntad de corregir las injusticias derivadas de que sencillamente, mediante el subterfugio de acudir a distintos RUT, un mismo empleador se enmascara en diversas empresas, lo cual puede significar que los trabajadores pierdan derechos en términos de constituir sindicatos, negociar colectivamente, acceder al beneficio de las salas cunas y recibir gratificaciones"[22].

Desde septiembre de 2006 se discute en el Congreso un proyecto de ley para establecer un nuevo concepto de empresa[23]. El INDH valora que el Estado reconozca los problemas que esta práctica genera para el ejercicio de derechos laborales, y que el Poder Legislativo se disponga a legislar en esta materia.

En cuanto al derecho a huelga, como se observa en el cuadro a continuación, en los últimos diez años las huelgas aprobadas se han incrementado de 361 en 2002 a 735 en 2011, y las huelgas efectuadas han ido en aumento, si bien en menor cantidad (de 117 en 2002 a 183 en 2011). El INDH ha planteado que esto podría deberse al período de tres días que por ley se debe esperar entre aprobada una huelga y su inicio[24], señalando que "no resulta claro cuál es el verdadero fin buscado, y se presume que este período ayuda a inhibir a las y los trabajadores para que no se adhieran a la huelga, a aminorar la fuerza de la decisión colectiva al ofrecer beneficios unilaterales a ciertos trabajadores" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 149).

El efecto de esta norma se constata en el aumento, a partir de su entrada en vigencia en diciembre de 2011, de las huelgas aprobadas y no efectuadas.

CUADRO. HUELGAS APROBADAS, NO EFECTUADAS Y EFECTUADAS (2002-2011)

	HUELGAS APROBADAS	NO EFECTUADAS	EFECTUADAS
2002	361	171	117
2003	379	218	92
2004	398	234	125
2005	444	292	101
2006	538	380	134
2007	625	470	146
2008	611	495	159
2009	626	516	171
2010	672	551	174
2011	735	613	183

Fuente: Dirección del Trabajo. Compendio de series de Estadísticas 1990-2011. Capítulo sobre derecho a huelga.

DERECHOS LABORALES DE FUNCIONARIOS/AS PÚBLICOS/AS

Independiente de si una persona trabaja en el sector público o privado, sus derechos laborales deben ser garantizados por el Estado. Esto también implica resguardar los derechos

20 DFL Nº 2 de 1967 que dispone la reestructuración y fija funciones de la Dirección del Trabajo. Artículo 1.

21 Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. RIT Nº 0-2017-2012. Sentencia de 7 de septiembre de 2012, punto resolutivo I.

22 Senado. Legislatura 359º. Acta sesión ordinaria Nº 64 de fecha 19 de octubre de 2011, pág. 106.

23 Boletín 4456-13, el cual desde enero de 2007 está en segundo trámite constitucional.

24 Obligación establecida en el art. 374 del Código del Trabajo.

laborales de los trabajadores públicos en condiciones equivalentes a las de los trabajadores del sector privado, haciendo que la regulación para el sector público no genere diferencias arbitrarias.

En Chile, el régimen laboral de quienes trabajan en la administración pública central está regulado principalmente en el Estatuto Administrativo (EA o Estatuto) establecido en la Ley 18.834. Dicha ley establece en su art. 1 que "las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo". A continuación, el EA establece dos tipos de cargos públicos: el personal de planta, es decir, aquellos cargos permanentes asignados por ley a cada institución y, por otra parte, los empleados a contrata, que son aquellos de carácter transitorio cuya dotación es consultada a cada institución (art. 3). Es decir, la dotación de planta está determinada por ley, mientras que la dotación a contrata depende de las necesidades del servicio y del presupuesto que maneje este para su contratación. Además de estos cargos públicos, están las personas contratadas a honorarios, es decir, aquellas contratadas para labores accidentales y que no sean las habituales de la institución o para servicios específicos (art. 11). La misma Ley señala que estas personas no se rigen por el EA, sino que por el contrato de honorarios, por lo que no constituyen un cargo público a diferencia de los casos anteriores. Asimismo, dentro del Estado también existe personal contratado bajo régimen privado, como es el caso del Consejo para la Transparencia y el Instituto Nacional de Derechos Humanos, lo que implica necesariamente la aplicación de un estatuto laboral diferente[25].

A 2010, en Chile trabajaban un total de 186.757 personas en la administración pública central, ya sea como personal de planta o empleada a contrata. De ese total, 106.915 corresponden a mujeres (57,2%) y 79.842 a hombres (42,8%) (Dirección de Presupuestos, 2011, pág. 29). A dicha cantidad debe sumarse la totalidad de trabajadores/as a honorarios, es decir, 49.037 personas (Dirección de Presupuestos, 2011, pág. 190)[26], de las cuales 25.370 son mujeres y 23.667 son hombres. En resumen, a 2010 trabajaban en la administración central pública del Estado 235.794 personas entre planta, contrata y honorarios.

En cuanto a las municipalidades, el personal está regulado principalmente por la Ley 18.883 que establece el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales (EAFM) en relación con la Ley 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades. El art. 2 del EAFM señala que "los cargos de planta son aquellos que conforman la organización estable de la municipalidad y sólo podrán corresponder a las funciones que se cumplen en conformidad a la ley Nº 18.695", agregando que "la dotación de las municipalidades podrá comprender cargos a contrata, los que tendrán el carácter de transitorios". En cuanto a honorarios, el art. 4 señala que "podrán contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales", agregando que también podrán contratarse para la prestación de servicios de cometidos específicos.

En las municipalidades trabajaban a 2011 un total de 67.692 personas. De ellas 36.608 eran hombres y 31.084 mujeres. Si se analiza por tipo de contrato, el personal de planta era de 26.744 personas, a contrata era de 9.650 y a honorarios era de 31.298 personas, siendo que estas últimas sólo se contratan para labores accidentales[27].

De este modo, se constata que tanto en la administración central como en las municipalidades, el carácter excepcional de las personas contratadas a honorarios no es tal, sino que pasan a constituir en muchos casos parte del Estado, pero sin el mismo resguardo de derechos de quienes son

25 La Ley 20.405 que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos señala en su art. 12 que "las personas que presten servicios en el Instituto se regirán por el Código del Trabajo". Por su parte, la Ley 20.285 sobre acceso a la información pública y que crea el Consejo para la Transparencia señala en su art. 43 que "las personas que presten servicios en el Consejo se regirán por el Código del Trabajo". Con todo, de igual manera se aplican las obligaciones de probidad y transparencia en el acceso a la información para ambas instituciones.

26 Estas cifras se circunscriben a la administración central del Poder Ejecutivo, por lo tanto excluyen funcionarios del Poder Judicial, Congreso Nacional, Ministerio Público, Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad, Municipalidades y empresas públicas, las cuales se rigen por normas específicas.

27 Información obtenida del sistema de información de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, disponible en http://www.sinim.gov.cl/indicadores/busq_serie_var.php

funcionarios públicos para la ley (planta y contrata). Esto, en parte, se explica porque el Estado no ha actualizado la dotación de planta necesaria, debiendo recurrir a honorarios para suplir esa falencia.

En el caso de quienes están con contrato a honorarios, por no ser funcionarios públicos, estos no tienen acceso a la asignación trimestral dada por el Programa de Mejoramiento de Gestión (PMG) establecido en la Ley 19.553 que concede una bonificación económica a los funcionarios por el cumplimiento de metas establecidas anualmente por la administración. Los problemas de desactualización de las plantas de personal en el Estado redundan, en este caso, en una situación de desigualdad para las personas trabajadoras que estando contratadas a honorarios no realizan tareas accidentales, en la medida en que no pueden percibir la asignación económica en cumplimiento de las metas a las cuales han contribuido al igual que personas de planta y a contrata[28].

Adicionalmente, el problema de la desactualización de las plantas y cómo esto afecta la igualdad de derechos de las personas contratadas a honorarios que realizan tareas no accidentales, se refleja también en el caso de los accidentes laborales. En estos casos, el Estado no tiene la obligación de cubrir los accidentes que sufran las personas contratadas a honorarios en el desempeño de sus funciones o en el traslado hacia y desde su lugar de trabajo, por lo que ante un accidente o una enfermedad laboral el costo económico del tratamiento recae sobre cada trabajador/a. Este fue el caso de los trabajadores a honorarios del Fondo de Solidaridad e Inversión Social (Fosis) del Ministerio de Desarrollo Social[29], quienes en enero de 2009 sufrieron un accidente en bus tras una jornada de planificación, donde murieron cuatro personas, y en el que los trabajadores a honorarios que resultaron heridos tuvieron que autofinanciar los costos económicos de los tratamientos por no contar con seguro obligatorio de accidentes laborales (El Nortero, 2009).

Otro punto relevante desde la perspectiva de derechos humanos es la prohibición que para los/as funcionarios/as establece el EA de "organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado; dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales o parciales, en la retención indebida de personas o bienes, y en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la Administración del Estado" (art. 84). En respuesta a esta prohibición se creó la Ley 19.296 que establece normas sobre asociaciones de funcionarios de la administración del Estado, y que en su art. 1 reconoce "a los trabajadores de la Administración del Estado, incluidas las municipalidades y del Congreso Nacional, el derecho de constituir, sin autorización previa, las asociaciones de funcionarios que estimen convenientes, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas". Esta Ley establece además que las asociaciones de funcionarios solo pueden estar integradas por personal de planta y por empleados a contrata, excluyendo a los funcionarios contratados a honorarios (art. 13).

En cuanto al derecho a la negociación colectiva, si bien han existido iniciativas para reformar el EA para su reconocimiento, estas no han tenido éxito. La última de ellas, presentada en noviembre de 2010 por senadores de diversos partidos políticos con el objeto de reconocer el derecho a la negociación colectiva (y a la huelga), fue rechazada en su primer trámite constitucional[30]. Con todo, se debe destacar que las letras a y b del art. 7 del EA establecen como funciones de las asociaciones de funcionarios "promover el mejoramiento económico de sus afiliados y de las condiciones de vida y de trabajo de los mismos, en el marco que esta normativa permite" (letra a), y "procurar el perfeccionamiento de sus asociados, en los aspectos material y espiritual, así como también la recreación y el esparcimiento de ellos y de sus grupos familiares" (letra b), lo que da un piso mínimo para llevar a cabo negociaciones con el Estado.

En materia de huelga, el art. 19 Nº 16 de la Constitución Política de la República establece en su inciso sexto que "no podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades", lo que se reitera en el art. 84 letra i) del EA ya comentado y además, en el art. 72 del mismo Estatuto, que establece que "por el tiempo durante el cual

28 La Ley expresamente señala en su art. 1 que la asignación se concederá a personal de planta y a contrata. Para más información acerca de los PMG ver http://www.dipres.gob.cl/control_gestion/programa.asp.

29 En ese entonces Ministerio de Planificación (MIDEPLAN).

30 Proyecto de Ley sobre negociación colectiva y derecho a huelga de los funcionarios públicos (Boletín 7293-07).

no se hubiere efectivamente trabajado no podrán percibirse remuneraciones". Interpretando esto último, la Contraloría General de la República (CGR) ha señalado que "los funcionarios del Estado y de las Municipalidades no pueden declararse en huelga, según lo establece el artículo 19, Nº 16 de la Constitución Política, prohibición que guarda plena armonía con el principio que orienta a los servicios públicos a satisfacer las necesidades públicas en forma continua y permanente, previsto en el artículo 3º de la ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado"[31]. Quienes trabajan en el Estado tienen derecho a plantear ante su empleador sus demandas laborales. En ese sentido, deben existir mecanismos legales que las canalicen de forma de resguardar este derecho de los y las trabajadoras del Estado.

Finalmente, un aspecto que afecta a las personas que trabajan en la administración pública es la falta de una indemnización por años de servicio trabajados. El art. 142 del Estatuto señala que el funcionario cesará en sus funciones por aceptación de la renuncia, obtención de jubilación, pensión o renta vitalicia en un régimen previsional, en relación al respectivo cargo público, declaración de vacancia, destitución, supresión del empleo, término del período legal por el cual se es designado, o fallecimiento. Ninguna de ellas, salvo la obtención de una renta vitalicia, da derecho a la indemnización por años de servicio al no existir la causal de despido. Los únicos casos en que se permite la indemnización de perjuicios es, en primer lugar, para empleados/as de planta que ante un proceso de reestructuración o fusión del servicio no fuera encasillado en la nueva estructura (art. 154 del EA). El segundo caso es para altos directivos/as seleccionados por la Alta Dirección Pública, cuando el término "se produzca por petición de renuncia, antes de concluir el plazo de nombramiento o de su renovación, y no concurra una causal derivada de su responsabilidad administrativa, civil o penal, o cuando dicho cese se produzca por el término del periodo de nombramiento sin que este sea renovado"[32]. En este sentido, es importante que el Estado incorpore un mecanismo para que, ante la desvinculación de un/a funcionario/a del Estado, se le otorgue una indemnización.

Asimismo el Estado debe garantizar el acceso a la justicia de quienes, trabajando para el mismo Estado, ven afectados sus derechos laborales. En este sentido, la Corte Suprema, unificando la jurisprudencia sobre este punto, resolvió que "los juzgados laborales son incompetentes absolutamente, en razón de la materia, para conocer de una demanda de tutela de derechos laborales fundamentales (…)"[33]. La Corte llega a esta conclusión tras argumentar que el EA establece una regulación específica que excluye la posibilidad de que funcionarios públicos puedan recurrir al procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Así, según la Corte, los juzgados laborales pueden conocer hechos producidos en un vínculo laboral entre privados regulado por el Código del Trabajo, mientras que si la afectación a las garantías laborales se produce en un vínculo laboral regulado por el EA, el tribunal no podría pronunciarse[34]. La obligación internacional del Estado, a la luz de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es proveer un procedimiento idóneo y eficaz a través del cual toda persona trabajadora, en el ámbito público o privado, pueda solicitar a un ente imparcial la revisión de una decisión que afectaría sus derechos laborales.

En conclusión, se requiere por parte del Estado renovar el debate en torno al estatuto de quienes trabajan en el Estado que ponga fin a la fragmentación funcionaria existente, unificando la profesionalización y eliminando toda norma o práctica discriminatoria. En este sentido, se requiere desarrollar un proceso de nivelación entre quienes se desempeñan bajo el Código del Trabajo y quienes están bajo Estatuto Administrativo, en todo aquello que implique las desventajas de uno por sobre otro y que no estén debidamente fundamentadas a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

31 Contraloría General de la República. Rol Nº 18.871. Dictamen de 12 de abril de 2010.

32 Ley 19.882 que regula nueva política de personal a funcionarios públicos que indica, art. quincuagésimo octavo.

33 Corte Suprema. Rol Nº 1972-11. Sentencia de 5 de octubre de 2011. Considerando octavo.

34 Ibídem. Considerandos cuarto a séptimo.

BIBLIOGRAFÍA

Dirección de Presupuestos. (octubre de 2011). *Estadísticas de Recursos Humanos del Sector Público 2001-2010.* Obtenido de http://www.dipres.gob.cl/572/articles-82274_doc_pdf.pdf

Dirección del Trabajo. (2012c). *Compendio de series de Estadísticas 1990-2011. Negociación Colectiva.* Obtenido de http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-62612.html

Dirección del Trabajo. (2012b). *Compendio de series estadísticas 1990-2011. Sindicalización.* Obtenido de http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-propertyvalue-22777.html

Dirección del Trabajo. (2012a). *Empresas condenadas por prácticas antisindicales.* Obtenido de http://www.dt.gob.cl/1601/articles-94445_recurso_15.pdf

Dirección del Trabajo. (2011). *Empresas condenadas por prácticas sindicales.* Obtenido de http://www.dt.gob.cl/1601/articles-94445_recurso_14.pdf

El Dínamo. (8 de octubre de 2012). *Starbucks se defiende tras condena por prácticas antisindicales.* Obtenido de http://www.eldinamo.cl/2012/10/08/starbucks-se-defiende-tras-condena-por-practicas-antisidicales/

El Mostrador. (8 de octubre de 2012). *Suprema da nuevo golpe y condena a Starbucks por prácticas antisindicales.* Obtenido de http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2012/10/08/suprema-da-nuevo-golpe-y-condena-a-starbucks-por-practicas-antisindicales/

El Nortero. (22 de enero de 2009). *Accidente FOSIS: Fallecen tres Funcionarios y Chofer de Bus.* Obtenido de http://www.elnortero.cl/admin/render/noticia/18384

Foro Económico Mundial. (2012). *The Global Gender Gap Report.* Ginebra.

Fundación Sol. (2012). *Minuta de Empleo 26.*

Gobierno de Chile. (14 de julio de 2011). *Prensa de la Presidencia.* Obtenido de http://www.prensapresidencia.cl/default.aspx?codigo=10175

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los derechos humanos en Chile.* Santiago.

Libertad y Desarrollo. (13 de mayo de 2011). *Regulación del Multi RUT.* Recuperado el 18 de octubre de 2012, de www.lyd.org

Ministerio de Desarrollo Social. (2012). *Encuesta Casen 2011.* Obtenido de Observatorio Social: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/layout/doc/casen/publicaciones/2011/situacion_ocupacional_previsional_e_ingresos_del_trabajo.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (2006). *La libertad sindical.*

Superintendencia de Seguridad Social. (2011). *Balance Estadístico.* Santiago.

Torres, D. (23 de octubre de 2012). *Trabajadores de supermercados Jumbo de la zona sur denuncian presiones antisindicales.* Obtenido de http://nacional.biobiochile.cl/notas/2012/10/23/trabajadores-de-los-jumbo-de-la-zona-sur-denuncian-presiones-antisindicales.shtml

3

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL



Fotografía: Enrique Cerda





DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

ANTECEDENTES

El derecho a la seguridad social establece que toda persona debe ser protegida en la vejez, cuando esté desempleada, enferma, sufra de alguna invalidez u otra incapacidad que le impida obtener por sí misma los medios para una vida digna, así como protecciones especiales a la maternidad y a la infancia[1]. En esta oportunidad el INDH revisará la previsión social que, en tanto componente del derecho a la seguridad social, refleja los acuerdos sociales de solidaridad y las responsabilidades compartidas de protección en la vejez y la invalidez. Los países han regulado y dado cuerpo a sistemas diversos para asegurar estas provisiones por lo que no existe un modelo único. Sin perjuicio de ello, desde la perspectiva de los derechos humanos, estos sistemas se deben ajustar a principios de progresividad, equidad y no discriminación (IIDH, 2008).

Chile fue considerado uno de los países pioneros en seguridad social en América Latina[2], por la magnitud y cobertura del gasto social y la extensión de las prestaciones establecidas. De hecho, la Constitución Política de 1925 reconoció el derecho a la salud y la previsión social y confirió al Estado el deber de asegurar "la protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia." (Nº 14 del art. 10)[3].

Hasta 1980 el sistema previsional chileno se regía por criterios de reparto sobre la base de principios como la solidaridad y la universalidad. Aun cuando se trató de una política extendida que cubría al 70% de la población, al estar fragmentada por ocupación produjo una marcada estratificación en la calidad y las condiciones de acceso (Ulloa ,2006)[4].

En la década de los ochenta sobrevino en la región la crisis de los modelos estatistas, en parte determinada por la crisis de la deuda externa y acentuada por los posteriores programas de ajuste estructural, obligando a introducir profundas modificaciones a los regímenes previsionales vigentes. Chile introdujo en 1980 una reforma[5] que estableció un sistema de previsión social basado en la capitalización individual, gestionado por administradoras de fondos de pensiones (AFP), que sustituyó completamente al antiguo sistema de reparto,

1 Subgrupos dentro del derecho a la seguridad social en el caso de Chile: i) Subsistema de Salud que incluye el sistema de salud público, ISAPRES, salud FF.AA. y Carabineros, y otros seguros de salud; ii) Subsistema de Subsidios, Transferencias y Asignaciones, que agrupa el subsidio familiar, la asignación familiar, subsidios maternales y el subsidio de incapacidad laboral; y iii) Subsistema de Previsión Social.

2 Los países pioneros (Chile, Brasil, Argentina, México, Cuba y Uruguay) empezaron en los años veinte a generar sistemas de protección social para su población; específicamente, los relacionados con cobertura previsional y salud, en un proceso vinculado a un proyecto de industrialización y a las demandas de trabajadores urbanos, según sostiene Mesa-Lago (1991).

3 El sistema estaba integrado por tres grandes sistemas –para los trabajadores manuales, empleados asalariados y empleados públicos– y cerca de 50 subsistemas más pequeños para categorías particulares de empleados. En 1980 había en Chile 32 instituciones previsionales, todas controladas, administradas y normadas por el Estado. Sin embargo, 95% de quienes imponían se concentraba en tres: 65% del total de los trabajadores en el Servicio de Seguro Social, 18% en la Caja de Empleados Particulares y 12% en la Caja de Empleados Públicos. La afiliación del/la trabajador/a era obligatoria, de acuerdo al tipo de trabajo que tuviera. Cada institución tenía diferentes requisitos y otorgaba también distintos beneficios (Arenas, 2000).

4 Ver también: Arenas, Alberto, 2010. Historia de la Reforma Previsional chilena, una política exitosa de política pública en democracia. OIT.; Larroulet, C (2006). Una reflexión sobre la reforma previsional. Serie Informe económico Nº 167 LyD.; Guardia, A. et. al. (2007). Rompiendo mitos, la reforma del sistema de pensiones en Chile. F. Ebert.

5 Decreto Ley 3.500 del 13 de noviembre de 1980. Fueron excluidos de la reforma los sistemas de pensiones de las Fuerzas Armadas y Carabineros, y los/as beneficiarios/as del antiguo sistema de reparto que decidieron mantenerse en este sistema.

a diferencia de otros países de América Latina que mantuvieron ambos.

Durante la administración de la ex Presidenta Michelle Bachelet se debatieron los contenidos de la reforma previsional, a partir de la instalación en 2006 de un Consejo Asesor para la Reforma Previsional cuyo informe final concluyó con la propuesta "El derecho a una vida digna en la vejez. Hacia un Contrato Social con la Previsión en Chile"[6]. El diagnóstico de dicho Consejo fue que, luego de dos décadas de implementación, el sistema produjo serias brechas de inequidad, además de límites de rentabilidad y de la tasa final de sustitución de los ingresos[7]. La reforma finalmente adoptada en 2008 incorporó cambios en el funcionamiento del sistema para mejorar la equidad en el acceso a la previsión social, entre estos, estableció un pilar solidario, amplió la cobertura a sectores previamente excluidos e introdujo medidas para superar las desigualdades de género en materia de pensiones.

El derecho a la previsión social requiere de acciones colectivas y de solidaridad entre grupos, y de un sistema institucional que organice la provisión, financiamiento y producción de los bienes y servicios que protejan a las personas ante las contingencias de la vejez, la invalidez y la sobrevivencia (Pautassi, 2005). Existe un creciente consenso sobre la necesidad de pensar las políticas sociales como herramienta del Estado para dar cumplimiento a sus obligaciones en derechos humanos. Tal enfoque supera la visión asistencialista, y se enfoca en el ejercicio de derechos como forma de garantizar a las personas el respeto a su dignidad y autonomía. Desde esta perspectiva, tanto la definición y ejecución de las políticas sociales como su monitoreo y evaluación pueden ser observados en función de sus grados de adecuación a los estándares internacionales de protección de derechos económicos, sociales y culturales ratificados por el Estado. Desde esta perspectiva, el INDH revisa el cumplimiento del derecho a previsión social en Chile.

NORMAS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El derecho a la seguridad social está contenido en varios tratados internacionales, entre estos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Declaración establece que "toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad" (art. 22). El Pacto indica que los Estados Parte "reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social" (art. 9). El derecho también está contenido en la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, art. 11), la Convención sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (art. 27), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 28).

De manera específica, el Comité del Pacto DESC desarrolló las obligaciones de los Estados sobre el derecho a la seguridad social en la Observación General Nº 6 (1995) sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, y en la Observación General Nº 19 (2007) sobre el derecho a la seguridad social. El Comité estableció que este derecho es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto. El derecho a la seguridad social incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o el privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales (arts. 1 y 9, OG Nº 19, Comité DESC).

6 Consejo Asesor para la Reforma Previsional. (2008). Diagnósticos y propuestas. Santiago.

7 Dos de las principales funciones del sistema previsional no se cumplieron con su privatización: generar una cantidad de ingresos suficiente o mínima para las personas que dejan de formar parte de la fuerza laboral activa; y proteger ante las contingencias, especialmente de la pobreza durante la vejez. Tampoco se logró una cobertura generalizada de la población de mayor edad, y hacerlo con una significativa tasa de reemplazo de los ingresos del trabajo en la vida activa. El concepto tasa de reemplazo hace referencia a la relación entre el nivel de la pensión y el nivel de ingresos con que se realizaron las aportaciones a lo largo del ciclo laboral del individuo.

Por su parte, la Declaración Americana de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social (art. XVI) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) –que no ha sido ratificado por Chile[8]– desarrolla los contenidos del derecho (art. 9): "1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales y, cuando se trate de mujeres, licencia atribuida por maternidad antes y después del parto".

En tanto, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) –cuyos desarrollos del derecho a la seguridad social constituyen estándares de derechos humanos– indica que, con independencia del sistema que se adopte para hacer efectivo el derecho a la seguridad social, sus propósitos son: i) reducir la inseguridad de los ingresos (que incluye el objetivo de erradicar la pobreza) y mejorar el acceso a los servicios de salud para todos/as con el fin de garantizar condiciones de trabajo y de vida decentes; ii) reducir la desigualdad y la injusticia; iii) establecer prestaciones adecuadas como un derecho reconocido; iv) velar por que no haya discriminación basada en la nacionalidad, la pertenencia étnica o el género; y, v) garantizar su viabilidad, eficiencia y sostenibilidad desde el punto de vista fiscal (OIT, 2011).

El artículo 9 del Pacto DESC y las Observaciones Generales Nº 6 y Nº 19, junto con las disposiciones de los Convenios Nº 102 y Nº 128 de la OIT, establecen el marco de las obligaciones que deben cumplir los Estados respecto del derecho a previsión social. Los principios básicos de un sistema de seguridad social en esta materia son: papel prioritario del Estado para facilitar, promover y extender la cobertura; prestaciones previsibles y no discriminatorias; una administración sólida y transparente de los regímenes previsionales; costos de administración bajos; una función protagónica de los actores sociales; e igualdad de género (OIT, 2006).

Del conjunto de convenios que abordan la previsión social destaca el Convenio Nº 102 de 1952, que reúne los nueve grupos de prestaciones que se consideran el núcleo de la seguridad social[9], y el Nº 128 de 1967, específico sobre invalidez, vejez y sobrevivientes. Chile ratificó, en 1935, el Convenio Nº 35 relativo al seguro obligatorio de vejez de los asalariados en las empresas industriales y comerciales, en las profesiones liberales, en el trabajo a domicilio y en el servicio doméstico. Aun cuando este convenio se considera en desuso porque fue reemplazado por el 128, es a su amparo que sectores de trabajadores y trabajadoras chilenos/as han interpuesto reclamos ante la OIT por el incumplimiento de derechos previsionales por parte del Estado.

Según lo señalado en estos instrumentos, los estándares establecidos en materia de previsión social incluyen[10]:

- Tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios, a percibir a partir de una edad determinada establecida por las legislaciones nacionales. Los planes previsionales deben ser sostenibles con el fin de asegurar el ejercicio del derecho a las generaciones presentes y futuras.
- Fijar la edad de jubilación de manera flexible, de acuerdo con las actividades desempeñadas y la capacidad de las personas de edad avanzada, teniendo también en cuenta factores demográficos, económicos, sociales y culturales.
- Garantizar la concesión de prestaciones de sobrevivientes y de orfandad, a la muerte del sostén de familia afiliado/a a la seguridad social o pensionista.

8 El Protocolo ha sido ratificado por varios países; no lo han hecho, además de Chile, Haití, Venezuela y República Dominicana.

9 Estos nueve grupos de prestaciones son: asistencia médica; prestaciones monetarias de enfermedad; prestaciones de desempleo; prestaciones de vejez; prestaciones en caso de accidente del trabajo y enfermedad profesional; prestaciones familiares; prestaciones de maternidad; prestaciones de invalidez; prestaciones de sobrevivientes.

10 Párrafos 27 a 30 de la Observación General Nº 6, y párrafos 10, 15 y 21 de la Observación General Nº 19 del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- Establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas para todas las personas mayores que, al cumplir la edad fijada en la legislación nacional, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos.

Tanto los Comités de los órganos de tratados como la OIT ponen especial énfasis en garantizar que el derecho a la seguridad social y a la previsión social se ejerza sin discriminación. El Comité del Pacto DESC indica que los Estados deben prestar especial atención a las personas y grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, entre estos, las mujeres, los desempleados, los/as trabajadores/as vinculados a la economía no estructurada[11], los/as trabajadores/as insuficientemente protegidos/as por la seguridad social[12], los pueblos indígenas y grupos minoritarios, y las personas migrantes (OG Nº 19, párrs. 29-35).

Respecto de las mujeres, los Estados Parte deben adoptar medidas para corregir los efectos que tiene su vinculación intermitente al mercado laboral sobre las pensiones, en razón de los roles culturales asignados al trabajo doméstico y la crianza de los/as hijos/as, la menor participación en los sectores estructurados del empleo, y las brechas salariales respecto de los hombres. También deben considerarse las diferencias en la esperanza media de vida de hombres y mujeres en la formulación de las pensiones contributivas y no contributivas. Respecto de la edad de jubilación de las mujeres, los estándares varían. El Comité del Pacto DESC señala que esta debiera ser la misma para ambos sexos (OG Nº 19, párr. 32). En cambio, el Comité de la CEDAW establece que, dado que el monto de la pensión está directamente vinculado al salario percibido y los años de cotización, "[l]as mujeres deberían poder elegir su edad de jubilación a fin de proteger el derecho de las mujeres de edad a trabajar si así lo desean y a cotizar para su pensión, según proceda, en pie de igualdad con los hombres"[13].

En el seguimiento a la aplicación del Pacto DESC, el Comité ha expresado su preocupación por los efectos que ha provocado la privatización de los sistemas de previsión social dado que podrían quedar fuera de la prestación personas que no cumplan con requisitos como montos y tiempos de cotización. En ese mismo sentido, la OIT ha señalado que "las reformas introducidas en el régimen de pensiones en varios países latinoamericanos en las últimas tres décadas han arrojado resultados heterogéneos. En algunos países –donde los regímenes de pensiones se transformaron en regímenes de cotizaciones definidas basados en cuentas individuales– se ha observado una marcada disminución de los índices de cobertura, especialmente en el caso de los trabajadores con historias laborales inestables y de las mujeres. Además, el monto de las pensiones se ha venido deteriorando debido a que las cotizaciones son bajas, los períodos de aportación son relativamente cortos y los gastos administrativos son altos" (OIT, 2011). Sobre la base de estas constataciones se insta a los Estados a ampliar las coberturas combinando los regímenes contributivos con pensiones no contributivas, que pueden proporcionar un apoyo inmediato a los ingresos de aquellos que ya se encuentran en las franjas de edad avanzada.

ASPECTOS NORMATIVOS DEL DERECHO A PREVISIÓN SOCIAL EN CHILE

La Constitución Política consagra el derecho a la seguridad social, y lo enmarca en el acceso universal al goce de prestaciones básicas uniformes, la obligatoriedad de las cotizaciones y el rol del Estado de supervigilar el derecho a la seguridad social (art. 19, Nº 18). Allí no se nombra el derecho a la previsión social como tal, pero se alude a él al establecer que el régimen previsional es materia de ley (art. 63 Nº 4); al disponer que no podrá aplicarse como sanción la pérdida de derechos provisionales (art. 19, Nº 7 h); y al otorgar la

11 Economía no estructurada es equivalente a economía informal. Según la OIT, economía informal hace referencia al conjunto de actividades económicas desarrolladas por los/as trabajadores/as y las unidades económicas que, tanto en la legislación como en la práctica, están insuficientemente contempladas por los sistemas formales o no lo están en absoluto. (OIT, 2002).

12 Se entiende por tales: trabajadores/as a jornada parcial, ocasionales, por cuenta propia y personas que trabajan en su domicilio.

13 Recomendación General Nº 27 sobre las mujeres de edad y la protección a sus derechos humanos (2010), párr. 20.

atribución especial del Presidente de la República de "conceder jubilaciones, retiros, montepíos y pensiones de gracia con arreglo a las leyes" (art. 32 N° 11) y la iniciativa exclusiva para fijar, modificar, conceder o aumentar jubilaciones (art. 65 N° 4).

El reconocimiento del derecho a seguridad social es débil frente al estándar internacional. Por un lado, limita el deber del Estado a garantizar el acceso a las prestaciones de manera uniforme sin establecer que estas deben ser adecuadas, en el caso de la previsión, que permitan la satisfacción digna de las necesidades al momento de la vejez. Por otro lado, relega al Estado a un rol subsidiario, de supervigilancia, delegando en terceros las funciones de facilitar, promover y extender la cobertura, que tal como establece la OIT, le son propias. De acuerdo a los estándares internacionales, el Estado tiene el deber de garantizar el ejercicio del derecho, y por tanto, aun cuando entregue potestades a terceros, ello no lo exime de esta obligación particularmente cuando se trata de personas y colectivos desfavorecidos o marginados que no cumplen los requisitos establecidos por los sistemas privados. A ello se agrega que el derecho a previsión social está excluido –al igual que otros derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la Constitución– de la acción constitucional de protección frente a actos u omisiones arbitrarias o ilegales que priven, perturben o amenacen su ejercicio. Si bien se puede buscar su exigibilidad mediante vías judiciales ordinarias o mecanismos administrativos, el estándar internacional (art. 25 de la Convención IDH) indica que debe existir un recurso judicial idóneo y expedito para la protección de derechos fundamentales, que en Chile es el recurso de protección del cual el derecho a la seguridad social está excluido.

Con ello, toda reclamación frente a la vulneración del derecho está limitada a mecanismos administrativos. Como ha señalado el INDH, se establece un límite al pleno reconocimiento del derecho en todas sus garantías (INDH, 2011 a).

En términos generales, se identifican en el sistema previsional chileno tres grandes etapas. La primera, comprende los inicios de la seguridad social hasta la constitución del sistema de reparto. La segunda, remite a la reforma de 1980 que crea el sistema de capitalización individual que rige hasta hoy (Decreto Ley N° 3.500 del 13 de noviembre de 1980), y la tercera refiere a los cambios a ese sistema incorporados en el Reforma Previsional de 2008 (Ley 20.255 de 2008).

Sistema del DL 3.500

Con el Decreto Ley N° 3.500 de 1980 se pone fin al régimen de reparto; a partir de la entrada en vigencia del decreto ley, las nuevas filiaciones obligatoriamente se hacen a una administradora (privada) de fondos de pensiones (AFP): "El inicio de la labor del trabajador no afiliado genera la afiliación automática al Sistema y la obligación de cotizar en una Administradora de Fondos de Pensiones, sin perjuicio de lo dispuesto para los afiliados voluntarios. La afiliación es la relación jurídica entre un trabajador y el Sistema de Pensiones de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia que origina los derechos y obligaciones que la ley establece, en especial, el derecho a las prestaciones y la obligación de cotización. La afiliación al Sistema es única y permanente" (art. 1). Las AFP son sociedades anónimas con fines de lucro que reciben las contribuciones individuales de los trabajadores[14], los cuales deben cancelar los costos administrativos asociados, además de una prima por concepto de seguro de invalidez y sobrevivencia. El nuevo sistema eliminó los aportes patronales a las pensiones, dejando una contribución menor por indemnizaciones, invalidez y sobrevivencia.

La reforma limitó al mínimo la facultad del Estado para desarrollar directamente la función de entregar pensiones. Sólo las Fuerzas Armadas y Carabineros permanecieron fuera del sistema de AFP y siguieron administrando sus esquemas de reparto y beneficio definido (CAPREDENA y DIPRECA, respectivamente), sin que conste una razón objetiva que justifique este sistema diferenciado para un solo sector de

14 Los trabajadores dependientes están obligados a cotizar el 10% de los sueldos y rentas imponibles, sobre lo cual pueden hacer ahorros voluntarios. Los/as afiliados/as pueden optar por trasladarse de una AFP a otra.

la Administración Pública[15]. Además, persistió el sistema de reparto de las ex Cajas de Previsión administradas a través del Instituto de Previsión Social (IPS) –antiguo Instituto de Normalización Previsional (INP)– que recibe las cotizaciones y paga los beneficios de imponentes y pensionados/as que optaron por permanecer en dicho sistema. El Estado asumió la deuda asociada al déficit previsional ocasionado por el traspaso de un sistema a otro, que significó un 2% del PIB durante 25 años (entre 1981 y 2006), para ir decreciendo lentamente con el deceso de los/as beneficiarios/as del antiguo sistema (Uthoff, 2008)[16].

La Reforma de 1980 incluyó un pilar previsional de tipo no contributivo –la Pensión Mínima Garantizada (PMGE)– a efectos de establecer un piso mínimo a la pensión entregada por las AFP para quienes hayan cotizado al menos 20 años en el sistema; y en 1985, se crearon las Pensiones Asistenciales (PASIS)[17] para la población adulta mayor no cubierta (Mesa-Lago, 2004). El programa fue administrado, hasta 2008, por los gobiernos regionales y municipalidades, y pagado a través del INP.

Los principios de la reforma previsional de 1980 se centraron en la eficiencia, dada por la libre elección y los principios de capitalización individual como opuesto al principio de solidaridad, buscando un impacto en la economía del país. La ausencia de una perspectiva de derechos y la preeminencia del análisis financiero, caracterizaron esta reforma.

Como resultado, la cobertura disminuyó, impactó acrecentando la desigualdad de género con pensiones de las mujeres menores a las de los hombres, y acentuando las diferencias de ingreso (Arenas, 2000). En 2006, más de un 33% del total de personas ocupadas no cotizaba en el sistema previsional (Mideplan, 2008). Como referencia, entre 1990 y 2006 la cobertura de la seguridad social entre los trabajadores ocupados de 15 años y más que declararon ingresos laborales se incrementó tan sólo en 0,8% (de 65,9% a 66,7%); se estimaba que la mitad de los cotizantes no iban a alcanzar a financiar una pensión mínima al final de su vida laboral, y casi tres cuartos de las mujeres jubiladas no calificarían para la pensión mínima garantizada (Fajnzylber, 2010).

A fines de 2004, el Comité del Pacto DESC señaló al Estado de Chile que el sistema de capitalización individual no garantizaba una seguridad social adecuada a un gran sector de la población "que no trabaja en la economía estructurada o no puede hacer contribuciones suficientes al régimen, como el amplio grupo de los trabajadores de temporada y temporales. El Comité observa que las mujeres se ven particularmente afectadas a este respecto: las "amas de casa" y alrededor del 40% de las mujeres trabajadoras no cotizan en el plan de seguridad social y por consiguiente no tienen derecho a prestaciones de vejez. Además, al Comité le inquieta que las mujeres trabajadoras tengan pensiones medias muy inferiores a las de los hombres, porque se jubilan cinco años antes. El Comité recomienda al Estado Parte que

15 La Constitución Política de la República dispone en su artículo 105 que corresponde a una ley orgánica constitucional determinar las normas básicas referidas a la carrera profesional, incorporación a sus plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto de las Fuerzas Armadas y Carabineros. Por definición legal, el régimen de Previsión y Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y Carabineros tiene carácter autónomo y, por tanto, a cargo de instituciones funcionalmente descentralizadas: la Caja de Previsión de Defensa Nacional y Dirección de Previsión de Carabineros respectivamente. Ellas cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propios, y se relacionan con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Defensa Nacional (Biblioteca del Congreso Nacional, 2011).Dadas las funciones especiales que tienen las Fuerzas Armadas (encargadas de la defensa nacional) y las Fuerzas del Orden y la Seguridad Pública (garantizar orden y seguridad pública) se asume que la previsión de los uniformados tiene particularidades: difícilmente los criterios de edad de jubilación y los riesgos que cubre el seguro de invalidez y sobrevivencia son aplicables a su realidad. Sin perjuicio de ello, a partir de 2003 se han presentado iniciativas de ley tendientes a reformar algunos de los beneficios que reciben los afiliados a CAPREDENA y DIPRECA que establecen diferencias no justificadas respecto del resto de la población, entre estas: eliminar algunos abonos de años de servicio válidos para el retiro; suprimir las dobles pensiones y las reliquidaciones; excluir de la afiliación a los/as civiles que trabajan en las Fuerzas Armadas y Carabineros; y aplicar los montepíos con las mismas disposiciones que tiene el sistema de capitalización individual (Boletines 3397-02, 3394-02). El pasado 18 de octubre, el Poder Ejecutivo presentó el proyecto de ley que "modifica algunos aspectos previsionales de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y Gendarmería de Chile (Mensaje nº 139-360). Las disposiciones que propone son similares a las contenidas en los proyectos de ley anteriores.

16 Esta deuda considera el pago del Bono de Reconocimiento, instrumento financiero que reconoce las cotizaciones que los cotizantes del antiguo sistema previsional hicieron y que se trasladan al de capitalización individual.

17 A este beneficio podían acceder quienes no contaran con una pensión y pasaran a edad de retiro o fueran discapacitadas (invalidez o discapacidad mental). Quienes estuvieran adheridos al PASIS, podían acceder simultáneamente al sistema público de salud. El monto del PASIS correspondió, en promedio, a 40,7% de la pensión mínima.

adopte medidas efectivas para que todos los trabajadores gocen de prestaciones de seguridad social adecuadas, con inclusión de medidas especiales para prestar asistencia a los grupos que actualmente no pueden hacer cotizaciones al régimen privado de seguridad social, prestando particular atención a la situación de desventaja de la mujer y del gran número de trabajadores temporales y de temporada y de trabajadores de la economía no estructurada"[18].

La reforma de 2008

Las preocupaciones del Comité coinciden con los diagnósticos que finalmente llevaron a la reforma del sistema previsional en 2008 (Ley 20.255). Las disposiciones adoptadas buscaron tres objetivos: i) ampliar la cobertura previsional a sectores previamente excluidos; ii) incrementar y compensar la densidad de cotizaciones[19] para aumentar las pensiones finales y disminuir la presión fiscal, junto con estimular la afiliación y el ahorro previsional; y iii) reducir la desigualdad de género en la previsión social (Subsecretaría de Previsión Social, 2008).

La reforma creó un sistema de pensiones básicas, vinculadas al régimen vigente, compuesto de tres pilares: un pilar de solidaridad, un pilar contributivo y un pilar voluntario. El pilar solidario consiste en una pensión no contributiva –la pensión básica solidaria (PBS)– y un complemento a la pensión contributiva (el aporte previsional solidario APS). Al mismo tiempo, incorporó medidas específicas que se hacen cargo de inequidades de género (PBS y bono por hijo) y etarias (subsidio a la empleabilidad de los y las jóvenes). El pilar contributivo obligatorio se mantuvo sobre la base de la capitalización financiera en cuentas individuales administradas por las AFP, pero se buscó perfeccionar el sistema introduciendo mayor competencia y menores costos, ampliando las alternativas de inversión en Chile y en el exterior para obtener mayor rentabilidad de los fondos de pensiones, y fortaleciendo el ahorro voluntario. Al mismo tiempo, la reforma introdujo la obligación de cotización a los/as trabajadores/as independientes y abrió condiciones para la afiliación voluntaria de personas sin actividad remunerada.

Por último, la reforma hizo un rediseño de la institucionalidad del sistema de pensiones: se crearon el Instituto de Previsión Social (IPS), los Centros de Atención Previsional Integral, el Instituto de Seguridad Laboral, la Superintendencia de Pensiones, la Comisión de Usuarios y el Consejo Consultivo Previsional. Con ello quedaron establecidas las responsabilidades del diseño del sistema de pensiones, de su regulación y fiscalización, y de su administración, considerando además canales de información y participación de la ciudadanía que el régimen anterior no contemplaba.

La creación del pilar solidario es un avance en la universalización del acceso a la previsión social junto con la nueva institucionalidad pública que fortalece el rol del Estado como garante del derecho a la previsión social. Sin embargo, hay dificultades que persisten; entre otros aspectos, la OIT ha identificado "la necesidad permanente de hacer respetar el carácter obligatorio de las cotizaciones correspondientes a los trabajadores independientes y al personal doméstico y velar por que estén debidamente cubiertos" (OIT, 2011).

En el debate público ha surgido más de una vez la inquietud respecto de las inversiones de las AFP debido al impacto de la crisis financiera internacional, que pone en duda la seguridad de los fondos de los y las ahorrantes. Ante estas situaciones, el recurso de cambiarse de una AFP a otra no es efectivo, pues no hay alternativas distintas: la competencia ofrece lo mismo. En el año 2011, las AFP administraron 72 billones de pesos y obtuvieron ganancias del orden de 204 mil millones de pesos (Superintendencia de Pensiones, 2011).

La Resolución de la 98 Conferencia de la OIT (19 de junio 2009) referida al Convenio N° 35, critica el modelo chileno de las AFP. El Comité de Expertos señaló que el esquema chileno está organizado sin consideración a los principios de solidaridad, riesgos compartidos y financiamiento colectivo, que forman la esencia de la seguridad social, combinado con principios de transparencia, administración democrática y responsable del esquema de pensiones por parte de instituciones sin fines de lucro con la participación de representantes de los asegurados. El Comité resaltó los positivos esfuerzos de la reforma previsional, especialmente la crea-

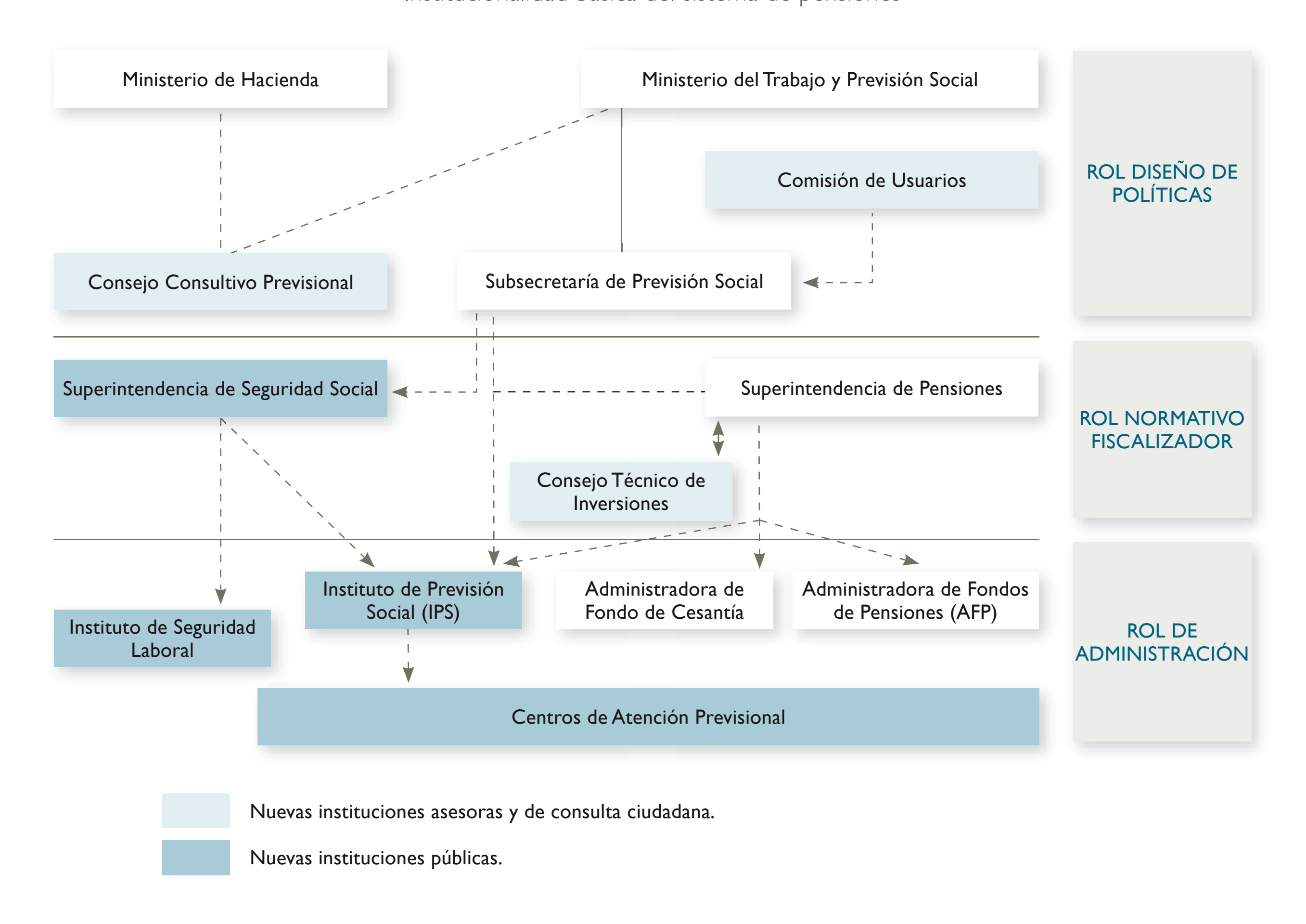
18 Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Chile. 26-11-2004. E/C.12/1/Add. 105, párr. 19.

19 Se entiende por densidad de cotizaciones la relación entre el número de meses que el trabajador ha cotizado y el número de meses potenciales de cotización. Como medida, la relación sirve para comparar, pues indica el nº de veces que una cantidad es mayor que otra.

ción de la pensión básica universal solidaria. Sin embargo, observó que no hay cambios mayores en el esquema privado de pensiones establecido por el Decreto Ley N° 3.500 de 1980.

Gráfico N° 1

Institucionalidad básica del sistema de pensiones



Fuente: Arenas, A. (2009). La reforma previsional en Chile. Seminario Regional de Política Fiscal, CEPAL.

COBERTURA Y MECANISMOS REDISTRIBUTIVOS Y DE SOLIDARIDAD

La reforma ha logrado aumentar la cobertura de previsión en Chile. En el sistema AFP, la cobertura previsional efectiva (porcentaje de cotizantes sobre la población económicamente activa) se ha estabilizado en torno al 60% en 2010. Según datos de la Superintendencia de Pensiones[20], en mayo de 2012 el número de afiliaciones a las AFP ascendía a 9.149.867, lo que representa cerca de un millón más respecto de 2008. De este total, 46% son mujeres y 54% hombres. Asimismo, el número de cotizaciones en marzo de 2012 ascendió a 5.144.871, lo que significa un aumento de un 5,6% respecto de marzo del año anterior.

Según información de la Comisión de Usuarios[21], el monto promedio mensual del total de pensiones que paga el sistema es de aproximadamente 176 mil pesos; el monto promedio de las pensiones de vejez es de 161 mil pesos, de las de vejez anticipada es de 241 mil pesos y de las de viudez es aproximadamente de 140 mil pesos (Comisión de usuarios del sistema de pensiones, 2011). A ello es necesario agregar que el 7,5% de los afiliados y las afiliadas concentran el 50% de los fondos previsionales, lo que refleja las desigualdades de ingresos que se reproducen en el sistema de capitalización individual, el cual carece de mecanismos de solidaridad y redistribución de fondos (Aguiló, Enríquez-Ominami, & Sule, 2007).

Cerca del 40% de la fuerza laboral permanece fuera del sistema de AFP (Instituto Igualdad & Fundación Friedrich Ebert Stiftung, 2012). La reforma previsional amplió el sistema de cotizaciones obligatorias a trabajadores independientes. De acuerdo a datos de la Superintendencia de Pensiones, a la fecha, la afiliación dependiente supera el 95%; en cambio, el crecimiento del número de afiliados independientes es de 1,64% anual por lo cual este sector continúa con un bajo nivel de cobertura en el régimen de capitalización individual. En materia de afiliación voluntaria, la gran mayoría corresponde a mujeres y es atribuible al requisito de al menos una cotización para acceder al beneficio del bono por hijo/a, de acuerdo al análisis realizado por la Comisión de Usuarios. De hecho, de quienes se incorporaron en el segundo semestre de 2011 (17.106 afiliados/as), el 81,9% presenta sólo una cotización durante ese mismo semestre y 85,5% presenta cero cotizaciones durante el segundo semestre de 2011 (Comisión de usuarios del sistema de pensiones, 2011).

En cuanto al Pilar Solidario, la reforma previsional estableció que el aumento de la cobertura de la Pensión Básica Solidaria es gradual: partió focalizando el 40% más pobre de la población en julio de 2008 hasta alcanzar el 60% el 1 de julio de 2011 cumpliendo con ello el calendario establecido por la reforma. Según datos de la Superintendencia de Pensiones, en marzo de 2012 se pagaron un total de 617.699 pensiones solidarias (405.724 PBS de vejez y 211.975 son PBS invalidez). Por su parte, se otorgaron 487.325 aportes previsionales solidarios (APS de vejez son 459.460 y APS de invalidez 27.865). Con ello, la reforma avanza en asegurar acceso a pensiones a quienes sufren mayor vulnerabilidad y discriminación.

La Reforma previsional asegura un mínimo de ingresos en la vejez, mediante la incorporación de la Pensión Básica Solidaria, a la fecha de 78.449 pesos, reajustable anualmente por el IPC y define la pensión máxima con aporte solidario en 255 mil pesos.

Sin perjuicio de lo anterior, estos aumentos de cobertura topan con un límite ya establecido en la reforma. En efecto, el acceso a pensiones básicas solidarias no es universal, sino un beneficio por exclusión (quienes no sean beneficiarios/as de pensión del sistema previsional), focalizado en el 60% más pobre de la población. La reforma estableció que podrán acceder quienes cumplan determinados requisitos y no sean beneficiarios de pensión del sistema previsional; del universo de personas sin pensión, el Estado otorga PBS sólo al 60% más pobre.

Por otra parte, en su pilar contributivo, la reforma premia el ahorro y el esfuerzo personal, es decir, aquellos que coticen más gozarán de mejores pensiones. Una parte importante

20 Oficio Nº 19.359 de la Superintendencia de Pensiones, en respuesta a consulta cursada por el INDH.

21 La Comisión se creó a partir de la reforma previsional, y le corresponde informar a la Subsecretaría de Previsión Social y a otros organismos públicos del sector sobre las evaluaciones que sus representados/as efectúen sobre el funcionamiento del sistema.

de los trabajadores y las trabajadoras del país no ha logrado cotizar con la constancia requerida por el nuevo sistema. Por ello, una fracción mayoritaria obtendrá pensiones significativamente más bajas que sus remuneraciones, y no es evidente que esta situación pueda ser subsanable a través de transferencias intrafamiliares o del apoyo subsidiario del Estado[22].

Materia de preocupación es la ausencia de mecanismos de solidaridad intra e intergeneracional. Estos mecanismos, para ser tales, necesariamente deben redistribuir sobre el pilar contributivo de manera de hacer efectivo el principio de solidaridad (es decir, estableciendo solidaridad entre jóvenes y personas adultas mayores, entre mujeres y hombres, entre discapacitados y no, etc.). No obstante, en el sistema actual, las deficiencias de solidaridad propias del esquema de capitalización individual son de cargo fiscal y administración estatal. Estas características del sistema previsional preocupan a la luz de una sociedad cuya población está envejeciendo, y que hará que los desafíos sean mayores a futuro.

CORRECCIONES A LA DESIGUALDAD DE GÉNERO

Antes de la reforma, las mujeres registraban en promedio densidades de cotización menores a los hombres: 43,8% versus 59,8% de sus vidas laborales; 65% de las mujeres (33% de los hombres) enfrentaba tasas de reemplazo de 40% o inferiores (Consejo Asesor para la Reforma Previsional, 2008). A ello se agrega que en Chile las mujeres pueden jubilar a los 60 años y los hombres a los 65. Considerando la esperanza de vida, los hombres viven cerca de 75 años, es decir, su fondo previsional debe alcanzar para 10 años. Las mujeres, en cambio, viven en promedio algo más de 80 años (INE), por lo cual su fondo debe financiar algo más de 20 años. Al jubilar ambos a la respectiva edad legal y con el mismo monto acumulado, las pensiones de ellas serán casi la mitad de las de ellos. A esta inequidad se suman las lagunas previsionales de las mujeres y las menores remuneraciones por igual trabajo.

22 Informe en derecho, Programa Economía del Trabajo, 2007, presentado a la Comisión Asesora Presidencial de la Reforma Previsional.

La reforma introdujo diversas medidas que favorecen directamente a las mujeres a efectos de compensar las inequidades de género del sistema de capitalización individual. Entre ellas: el bono por hijo/a; la figura de afiliación voluntaria para que las mujeres dueñas de casa puedan hacer aportes previsionales; dada su mayor longevidad y su menor siniestralidad se separaron los seguros de invalidez y sobrevivencia por sexo, de manera tal que ellas paguen una prima menor, y se igualó a 65 años para la cobertura de este seguro[23]; y, en caso de divorcio o nulidad, el juez de familia podrá hacer uso de los recursos previsionales de uno de los cónyuges para compensar al cónyuge más débil. Con estas disposiciones, la reforma buscó paliar la brecha previsional entre hombres y mujeres. Por otro lado, ellas son las principales beneficiarias del pilar solidario: dos de cada tres beneficiarios/as de la PBS y 57% de quienes reciben APV son mujeres.

Al mismo tiempo, se mantienen desafíos para corregir la desigualdad de género. La reforma no eliminó las tablas de mortalidad diferenciadas por sexo en el pilar de capitalización individual con lo cual la diferencia en el monto de jubilación –con igual fondo ahorrado– se mantiene. Surge entonces la pregunta respecto a si el efecto positivo en las cuentas individuales de las mujeres que tendrán el bono por hijo/as y la separación por género de la licitación del Seguro de Invalidez y Sobrevivencia podrán contrarrestar esta brecha entre las pensiones de hombres y mujeres. Pareciera, en todo caso, que el sistema privado de pensiones seguirá produciendo como antaño grupos carenciados, menos protegidos, en los cuales las mujeres predominan y que acaban recibiendo amparo con cargo a los recursos fiscales (Yáñez, 2010). Los datos de la Superintendencia de Pensiones muestran que las diferencias en los montos de pensiones entre hombres y mujeres siguen siendo considerables: a diciembre de 2011, la pensión promedio de vejez por edad es 6,17 UF para los hombres y 4,26 UF para las mujeres.

23 Debido a que los trabajadores en general enfrentan el riesgo de invalidez o fallecimiento, las AFP están obligadas a contratar en conjunto un seguro para sus afiliados/as, denominado Seguro de Invalidez y Sobrevivencia (SIS), el cual es financiado por los empleadores. El seguro es adjudicado mediante licitación pública. Antes de la reforma, las mujeres pagaban la misma comisión que los hombres por el Seguro de Invalidez y Sobrevivencia, pese a que ellas viven más y se accidentan menos.

La Comisión de Usuarios del Sistema de Pensiones indicó en su informe 2011 que la licitación del Seguro de Invalidez y Sobrevivencia (SIS) produjo excedentes que se tradujeron en un incremento de 0,05% de abono a las cuentas individuales de las afiliadas, lo cual tiene un impacto reducido en el incremento de las pensiones de las mujeres. La Comisión consideró que, transcurrido hasta ahora un tiempo prudente desde su implementación, resulta conveniente analizar la suficiencia de estas medidas para superar o disminuir la inequidad de género en el sistema previsional (Comisión de usuarios del sistema de pensiones, 2011).

En octubre de este año, el Comité de la CEDAW señaló al Estado su preocupación "por el discriminatorio sistema de cálculo del fondo de pensiones, el que, usando tablas de expectativa de vida desagregadas por sexo, tiene por resultado una pensión mensual diferente al momento de la jubilación, para aquellas mujeres y hombres que hayan contribuido igualmente y hayan acumulado saldos de cuentas iguales" (párr. 36) y recomendó adoptar las medidas necesarias para eliminar del sistema los elementos discriminatorios contra las mujeres (párr. 37)[24].

PARTICIPACIÓN

La reforma ajustó la institucionalidad del sistema de pensiones y se crearon nuevas instancias, entre estas, la Comisión de Usuarios del Sistema de Pensiones con lo cual se fortalecieron las posibilidades de participación de los/as pensionados/as en el seguimiento y evaluación de la implementación de la reforma. A la fecha, la Comisión de Usuarios ha presentado dos informes a la Subsecretaría de Previsión Social que entrega insumos importantes sobre la implementación del sistema y los déficits observados. Este avance en mecanismos de participación resulta, sin embargo, insuficiente dado que la Comisión de Usuarios posee sólo un rol consultivo; el análisis de sus informes devela que muchas de sus observaciones se han mantenido por dos años, sin que hayan sido consideradas por las autoridades (Comisión de usuarios del sistema de pensiones, 2011).

24 Comité CEDAW, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Chile, CEDAW/C/CHL/CO/5-6, 16 de octubre de 2012.

INFORMACIÓN Y EDUCACIÓN PREVISIONAL

La Subsecretaría de Previsión Social del Ministerio del Trabajo y Previsión Social tiene entre sus funciones definir y coordinar la implementación de estrategias para informar a la población sobre el sistema de previsión social, facilitar el ejercicio de sus derechos y administrar el Fondo para la Educación Previsional (FEP). La reforma estableció instancias e instrumentos que permiten garantizar la información y participación ciudadana. No obstante, no deja de ser observable que son 25 normas las que regulan el sistema previsional y aproximadamente 15 instituciones las que tienen competencia, lo que genera un entramado de difícil comprensión para los/as usuarios/as tanto en sus beneficios como en los mecanismos de acceso y reclamación. El FEP es un potente instrumento de política pública para estos efectos; sin embargo, tras cuatro años de operación, no se cuenta aún con una evaluación de su funcionamiento e impacto. Entre otros aspectos, la Comisión de Usuarios indicó en su informe de 2011 la conveniencia de conocer la opinión de los/as usuarios/as sobre el trámite de jubilación, dado que existe la percepción que este sería un proceso con un alto grado de dificultad.

JUSTICIABILIDAD Y RECURSOS ADMINISTRATIVOS

La legislación solo contempla tres beneficios que son justiciables dentro de la reforma previsional: el bono por hijo, el subsidio por contratación de jóvenes y las disposiciones establecidas en el régimen previsional de las Fuerzas Armadas y Carabineros. La protección de otros beneficios consagrados en el sistema previsional se circunscribe a mecanismos administrativos, ya sea establecidos en la normativa general o los que específicamente establezcan los organismos de supervigilancia que tienen, al mismo tiempo, roles normativos y fiscalizadores no solo de los procedimientos de asignación de beneficios, sino de la determinación de los mismos los beneficios que se entregan.

Los/as afiliados/as pueden realizar reclamos fundamentalmente a través de los Centros de Atención Previsional, en

especial en lo referente a la obtención de pensiones. Sólo quienes se benefician del Pilar Solidario tienen acceso a reclamaciones ante la Superintendencia de Seguridad Social. En ninguno de estos casos está prevista la posibilidad de una revisión jurisdiccional especial de los derechos previsionales que pudieran reclamarse. Los usuarios pueden dirigir sus demandas ante la Comisión de Usuarios, para que ésta evalúe si los incorpora en sus informes

Cabe señalar que uno de los problemas más acuciantes respecto de los aportes patronales es la llamada 'deuda previsional de los empleadores', generada por el descuento previsional que estos hacen a sus trabajadores, pero que no depositan en las cuentas de éstos en las AFP. Aunque la Reforma creó la figura denominada Declaración y No Pago Automática (DNPA), que pasados 80 días de no pago de cotizaciones por el empleador, las AFP están obligadas a tramitar la demanda en Tribunales del Trabajo, el monto a 2012 alcanza 1.800 millones de dólares (Superintendencia de Pensiones, 2012). Esta deuda afecta los montos de las pensiones futuras de los trabajadores. Las deudas no prescriben, y este año hay 240 mil casos iniciados en los Tribunales del Trabajo (el total de juicios asciende a 840 mil). Gran parte de este monto corresponde a la llamada 'deuda previsional histórica' con no pagos que acumulan intereses de altos montos. Según FES& Igualdad (2012) del total de la deuda, un 45% corresponde a cotizaciones declaradas y no pagadas y el otro 55% a intereses y reajustes. A la fecha no hay una solución clara para este problema, teniendo la Dirección del Trabajo escasas competencias, pues no puede forzar el pago ni actuar como titular en juicios de cobranza. El resultado es que queda desprotegido el trabajador, y con consecuencias fiscales, pues el Estado deberá complementar las pensiones con el Aporte Previsional Voluntario.

DEMANDAS INTERNACIONALES CONTRA EL ESTADO DE CHILE

A la fecha el Estado de Chile tiene cuatro demandas o reclamos por incumplimiento de derechos previsionales a nivel internacional, una ante la Comisión IDH y tres ante la OIT[25].

25 Oficio de Cancillería al Instituto de Derechos Humanos, Of. Ord. 000185 INDH del 3 de julio de 2012.

Ante la Comisión IDH actualmente se tramita la demanda (petición Nº P 1345-05) presentada el 7 de diciembre de 2005 por un grupo de profesores de Chañaral (región de Atacama) contra el Estado por una deuda que mantiene con ellos la municipalidad de esa ciudad por más de dos mil millones de pesos y que no ha sido cancelada, pese a que la Corte Suprema ordenó dicho pago. La demanda tiene que ver con la llamada "deuda histórica" que afecta a más de 80 mil profesores a lo largo del país y que se arrastra desde los años ochenta[26].

Ante la OIT, los tres reclamos se han hecho al amparo de los convenios Nº 35 y 37 (este último sobre específicamente invalidez) y del Art. 24 OIT[27]. El primer reclamo fue presentado por el Colegio de Profesores AG el 13 de noviembre de 2009 por el incumplimiento de pagos previsionales, que se adeudan desde 1980, cuando se traspasó a los municipios la educación. El caso está siendo revisado por el Comité Tripartito, el cual se reunió por primera vez en julio de 2012. Terminado ese procedimiento el caso pasará a la Comisión de Expertos en Aplicación de Normas y Convenios (CE) de la OIT.

El segundo caso corresponde a los comentarios sobre la aplicación del Convenio presentados por la Confederación Nacional de Funcionarios Municipales de Chile (ASEMUCH) el 30 de mayo de 2011 con respecto a la determinación de las remuneraciones que se tienen en cuenta para calcular las pensiones de vejez. El tercero fue presentado por la Agrupación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF), la Asociación de Funcionarios del Servicio Nacional de la Mujer, el Colegio de Profesores de Chile AG, la Confederación Nacional de Comercio y Servicios, y la Confederación de Sindicatos Bancarios y del Sistema Financiero de Chile, de fecha 15 de septiembre de 2011, con respecto a las diferencias en las tasas de las pensiones de vejez que se otorgan

26 Las reclamaciones de la deuda histórica, por no pago de las remuneraciones completas en conformidad con el Decreto ley 3.551 de 1981 afecta a alrededor de 80.000 profesores. También hay observaciones hechas por el Círculo de Policías en Retiro alegando la pérdida de derechos adquiridos relativos a las pensiones de vejez de los funcionarios de gendarmería (Resolución 98 Conferencia OIT).

27 El artículo 24 de OIT señala que toda reclamación presentada por una organización profesional de empleadores o trabajadores que alega que un Estado miembro no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de los convenios OIT será vista por el Consejo de Administración.

en el ámbito del sistema privado de pensiones. La Comisión invitó al Gobierno y a la ASEMUCH a responder a tales comentarios en su próxima memoria sobre aplicación del Convenio Nº 35, proceso que está en curso al momento de la redacción del presente informe.

BIBLIOGRAFÍA

Arenas, A. (2000). *Cobertura previsional en Chile: Lecciones y desafíos del sistema de pensiones administrado por el sector privado* (Vol. Serie Financiamiento del Desarrollo No. 105). Santiago: Cepal.

Biblioteca del Congreso Nacional. (21 de enero de 2011). *Seguridad social de las FFAA y de Carabineros: regulación y propuestas de cambio.* Recuperado el 30 de octubre de 2012, de Biblioteca del Congreso Nacional: http://bloglegal.bcn.cl/content/view/1193843/Seguridad-Social-de-las-FF-AA-y-Carabineros-Regulacion-y-propuestas-legislativas-de-cambio.html

Comisión de usuarios del sistema de pensiones. (2011). *Segundo informe.* Recuperado el 12 de octubre de 2012, de Subsecretaría de Previsión Social: http://www.previsionsocial.gob.cl/cu/wp-content/archivo/2do-Informe-CU.pdf

Consejo Asesor para la Reforma Previsional. (2008). *Diagnósticos y propuestas.* Santiago.

Fajnzylber, E. (2010). *Incentives under the New Pension Solidarity Pillar in Chile.* XIV Meetings of the LACEA/ IADB/ WB/ UNDP Research Network on Inequality and Poverty (NIP). New Orleans: Tulane University.

IIDH. (2008). *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema universal y sistema interamericano.* San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

INDH. (2011 a). *Informe Anual 2011 Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

Instituto Igualdad & Fundación Friedrich Ebert Stiftung. (2012). *Programa de Asesoría Legislativa, Minuta legislativa Nº 55.* Santiago.

Mesa-Lago, C. (2004). Models of Development, Social Policy and Reform in Latin America. In T. (. Mkandawire, *Social Policy in a development context.* Nueva York: United Nations Research Institute for Social Development (UNRISD).

Mideplan. (2008). *Reforma previsional y protección social. Notas para el debate sobre el impacto de la reforma previsional en la situación de las mujeres.* Seminario Protección Social y Género, Santiago.

OIT. (2002). Conclusiones sobre el trabajo decente en la economía informal. *Conferencia Internacional del Trabajo.* Ginebra.

OIT. (2011). *Instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre Justicia Social para una Globalización Equitativa.* Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo.

OIT. (2006). Normas internacionales de trabajo, seguridad social y pensiones. *OIT Notas (2).* Santiago.

OIT. (2011). *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa.* Conferencia Internacional del Trabajo, 100a reunión, Ginebra.

Pautassi, L. (2005). *¿Bailarinas en la oscuridad? Seguridad social en América Latina. El marco de la equidad de género. Versión preliminar.* Trigésima octava reunión de la Mesa Directiva de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, Mar del Plata.

Quiroga, Y., & Ensignia, J. (2007). *Rompiendo Mitos: la reforma del sistema de pensiones en Chile.* Santiago: Fundación Friedrich Ebert.

Subsecretaría de Previsión Social. (2008). *Un nuevo sistema de pensiones para Chile.* Santiago: Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Superintendencia de Pensiones. (2011). *Estadísticas financieras de las AFP.* Recuperado el 30 de octubre de 2012, de Superintendencia de Pensiones: http://www.safp.cl/safpstats/stats/apps/estFinAdm/loadResultAdm.php?aaaamm_res=200012

Uthoff, A. (2008). América Latina y los sistemas de contribuciones definidas nacionales. In R. Holzmann, & E. y. Palmer, *Fortalecer los sistemas de pensiones latinoamericanos.* Bogotá: CEPAL.

Yáñez, S. (2010). *La dimensión de género en la reforma previsional chilena.* Serie Mujer y Desarrollo Nº 101. Santiago: Cepal.

4

DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN



Fotografía: Mauricio Durán



DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

4

ANTECEDENTES

El derecho a un medio ambiente libre de contaminación se encuentra reconocido en diversos tratados internacionales y cuenta con un reconocimiento específico en el artículo 19 Nº8 de nuestra Constitución. El INDH desarrolló en 2011 una primera aproximación a este derecho, y advirtió sobre los problemas del país en relación con el respeto al medio ambiente. Chile es un país que aspira al desarrollo y para ello debe buscar maneras sustentables de lograrlo, cumpliendo con las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos humanos y sin empeñar el bienestar de su población.

La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (conocida como Río+20) desarrollada en junio de 2012 en Río de Janeiro, continuó con el debate sobre el compromiso de los Estados en pos de un futuro económico, social y ambientalmente sustentable para las generaciones presentes y futuras. Allí se instó a los países a generar "entornos propicios que faciliten la inversión de los sectores público y privado en tecnologías menos contaminantes"[1]. En este marco, el Presidente de la República, Sr. Sebastián Piñera, señaló: "Siento que Chile ha sido fiel con los compromisos de la Cumbre de Río y por eso, en esta oportunidad, vamos a poder no solamente rendir cuenta de lo que hemos hecho, sino que también proponer muchas medidas para que el mundo entero se encamine por las vías del desarrollo y crecimiento sustentable"[2].

Este año, la obligación del Estado de garantizar el derecho a un medio ambiente libre de contaminación estuvo atravesada en buena medida por la pregunta en torno a cómo estructurar una matriz energética que permita la satisfacción de las diversas necesidades del país, tanto en el ámbito doméstico como industrial.

Así, varias de las manifestaciones sociales que tuvieron mayor repercusión pública han sido en torno a cuestiones vinculadas con dicha preocupación como el caso de Hidroaysén o la Central Castilla. En este último caso, un acontecimiento muy debatido fue el pronunciamiento de la Corte Suprema que paralizó la Central y donde solicitó la presentación de un estudio de impacto ambiental consolidado del proyecto, de modo de sopesar integralmente todos los efectos que podrían tener sus partes por separado y en interacción. Otras manifestaciones, en cambio, estuvieron relacionadas con diferentes problemas en materia ambiental como la manifestación en torno a la planta de Agrosuper en Freirina, en la Región de Atacama.

En un sentido, estas manifestaciones son expresión de la mayor conciencia que existe por parte de la población y las organizaciones de la sociedad civil respecto al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, lo que resulta positivo al elevar las exigencias para que los debates públicos y las medidas que se tomen desde el Estado en torno al desarrollo sustentable sean respetuosas de los derechos humanos.

El presente capítulo revisa la situación en materia normativa e institucional, y presenta algunos resultados de un estudio realizado este año por el INDH sobre conflictos socioambientales desde la perspectiva de derechos humanos, el que

1 Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible. Documento final de la Conferencia. A/CONF.216/L.1, párr. 127.

2 EMOL, Piñera en Cumbre Río +20: "Chile está comprometido con el desarrollo sustentable", recuperado el 30 de octubre de 2012, en http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/06/20/546646/pinera-en-cumbre-rio-20-chile-esta-comprometido-con-el-desarrollo-sustentable.html

se propuso conocer a nivel nacional las principales causas de estas disputas, las industrias involucradas y su localización, así como su impacto sobre el ejercicio y garantía de los derechos humanos.

NORMAS, ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS E INSTITUCIONALIDAD EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL

A nivel internacional, el derecho a un medio ambiente libre de contaminación se encuentra resguardado por la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano[3], la Carta Mundial de la Naturaleza[4], la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[5], la Resolución de Naciones Unidas sobre la necesidad de asegurar un medio ambiente sano para el bienestar de las personas[6], el Convenio de Aarhus[7] y la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible[8], así como en artículos específicos de tratados internacionales[9]. En particular, una forma de abordar este tema desde el campo de los derechos humanos ha sido a través del análisis del derecho de acceso a información, del derecho a la participación y del derecho de acceso a la justicia, presentes en el Convenio de Aarhus, los que constituyen estándares al momento de tomar decisiones en materias medioambientales.

Estos estándares internacionales se materializan en nuestro país a través de los tratados internacionales ratificados y en el artículo 19 Nº8 de la Constitución Política, entre otros[10], donde se reconoce el derecho a un medio ambiente libre de contaminación y se establece el deber del Estado de velar por su protección. Además, se cuenta con un marco legal específico constituido por la Ley 19.300 que establece las Bases Generales del Medio Ambiente y la Ley 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, el que para estar completamente operativo requiere de la dictación de reglamentos que regulan ámbitos técnicos y la entrada en operación de la institucionalidad que el país se ha dado en materia ambiental.

Respecto de los reglamentos pendientes, el Ministerio del Medio Ambiente ha informado que, a la fecha de elaboración de este Informe, la situación es la siguiente[11]:

- El Reglamento sobre Planes de recuperación, conservación y gestión de especies clasificadas; el de Áreas Protegidas Privadas, así como el que regula los Organismos Genéticamente Modificados, se encuentran en preparación.
- El borrador del Reglamento de Evaluación Ambiental Estratégica fue sometido a un proceso de consulta pública entre los días 13 y 31 de agosto de 2012, durante el cual se recibieron sugerencias de modificación que actualmente se encuentran en estudio.
- El nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad el 28 de mayo, se someterá a consideración del Presidente de la Republica a la brevedad.
- El Reglamento del Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes (RETC) se encuentra aprobado y firmado, estando pendiente el trámite de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República.

Es importante mencionar que el nuevo reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ha sido cuestio-

3 Adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 16 de junio de 1972.

4 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 37/7 del 28 de octubre de 1982.

5 Adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas el sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, llevada a cabo entre el 3 y el 14 de junio de 1992 en Rio de Janeiro.

6 Resolución 45/94 adoptada en la 68ª sesión plenaria, 14 de diciembre de 1990.

7 Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, adoptado en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998.

8 Adoptada en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, desarrollada en Johannesburgo (Sudáfrica) del 2 al 4 de septiembre de 2002.

9 Véase art. 15 del Convenio Nº 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, art. 24.2.c) de la Convención de los Derechos del Niño y art. 11 (1) del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos.

10 Ver Informe Anual 2011 del INDH para un análisis mayor de la normativa nacional y el reconocimiento constitucional.

11 Oficio Nº 123.664 del Ministerio de Medio Ambiente, de fecha 12 de octubre de 2012.

nado por el INDH[12] y por organizaciones indígenas y de la sociedad civil, por no haberse ajustado en su proceso de elaboración a los estándares sobre consulta indígena establecidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

De acuerdo con lo informado por el Ministerio de Medio Ambiente, la falta de aprobación e implementación de gran parte de los reglamentos que completan el marco normativo ambiental constituye un obstáculo para la regulación de ámbitos como, por ejemplo, la conservación de la biodiversidad a través de la recuperación de especies nativas que se encuentran amenazadas. El Ministerio debiera adoptar todas las medidas que se requieran a los fines de que este vacío normativo sea subsanado cuanto antes, y así poder dar adecuada garantía a este derecho, observando siempre que corresponda a las obligaciones en materia de derechos humanos.

Por otra parte, las leyes citadas establecen una institucionalidad que a la fecha aún no se encuentra completamente en marcha. En junio de este año se publicó la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, órganos jurisdiccionales especializados cuya función principal es resolver las controversias medioambientales[13].

La ley establece la creación y funcionamiento de tres tribunales a nivel nacional: el Primer Tribunal Ambiental, asentado en Antofagasta, con competencia territorial entre las regiones de Arica y Parinacota y Coquimbo; el Segundo Tribunal Ambiental, ubicado en Santiago, que cubrirá desde la región de Valparaíso hasta Maule; y el Tercer Tribunal Ambiental, localizado en Valdivia, que llevará los casos presentados entre Biobío y Magallanes. De acuerdo con lo informado, la implementación de estos órganos será progresiva y se iniciaría en Santiago el 28 de diciembre de 2012[14]. Si bien la competencia de los Tribunales Ambientales abarcará todo el territorio, en la medida en que éstos sólo estarán en tres regiones es importante que el Estado se preocupe de cumplir con la garantía de acceso a la justicia de la población que no reside en los lugares donde estén dichas sedes, o bien, que no tiene los recursos económicos suficientes para trasladarse. Al respecto, la Comisión IDH indicó en 2007 que "los costos del proceso –sea éste judicial o administrativo– y la localización de los tribunales son factores que también pueden redundar en la imposibilidad de acceder a la justicia y en la consecuente violación del derecho a las garantías judiciales"[15].

La institucionalidad en este ámbito también comprende la Superintendencia del Medio Ambiente, la que si bien está constituida, encuentra suspendidas sus facultades de fiscalización y sanción hasta la entrada en funcionamiento del Tribunal Ambiental de Santiago. A la espera de este hecho, la Superintendencia ha trabajado en la dictación de tres reglamentos para el ejercicio pleno de sus atribuciones, los cuales ya fueron analizados por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y se encuentran *ad portas* de ser sometidos al trámite de toma de razón en Contraloría[16]. Los reglamentos mencionados corresponden a i) Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental y Registros Públicos de Resoluciones de Calificación Ambiental y Sanciones[17], ii) Autorización y Control de las Entidades Técnicas de la Superintendencia del Medio Ambiente[18], así como el relativo a iii) Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación[19].

La puesta en marcha de la Superintendencia y los Tribunales Ambientales constituyen una necesidad de primera importancia para el país, pues permitirán controlar el cumplimiento de los compromisos establecidos en el marco de proyectos de inversión y sancionar los daños ambientales generados, los que muchas veces afectan a poblaciones que

12 Para mayor información, consultar el capítulo sobre derechos de los pueblos indígenas de este Informe.

13 Una particularidad de estos tribunales es que tienen una composición mixta, pues uno de los tres jueces debe provenir del ámbito de las ciencias y ser especialista en medio ambiente.

14 Oficio Nº 378 de la Superintendencia del Medio Ambiente, de fecha 29 de agosto de 2012.

15 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El acceso a la justicia como garantía de los Derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.129 Doc.4, 7 de septiembre de 2007, párr. 8.

16 Oficio Nº 378 de la Superintendencia del Medio Ambiente, de fecha 29 de agosto de 2012.

17 Acuerdo Nº 14 del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, de fecha 14 de junio de 2012.

18 Acuerdo Nº 15 del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, de fecha 14 de junio de 2012.

19 Acuerdo Nº 13 del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, de fecha 14 de junio de 2012.

no cuentan con mecanismos para defender sus derechos o lograr compensaciones. Hasta tanto esto no esté operativo en su totalidad, este ámbito carece de adecuados resguardos institucionales, lo que podría redundar en vulneraciones a los derechos humanos que preocupan al INDH, y que ya fue señalado hace un año, en el Informe Anual 2011, sin que hayan ocurrido mayores avances.

CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES EN CHILE

A efectos de avanzar en la promoción y protección del derecho a un medio ambiente libre de contaminación, el INDH desarrolló este año un estudio sobre conflictos socioambientales desde la perspectiva de derechos humanos, que buscó conocer las causas de los mismos y analizar el tipo de afectación de derechos que ocurren o pueden ocurrir en estos contextos[20].

Los conflictos socioambientales han sido definidos en este estudio como las disputas entre diversos actores –personas naturales, organizaciones, empresas privadas y el Estado–, manifestadas públicamente y que expresan divergencias de opiniones, posiciones, intereses, reclamos y planteamientos de demandas por la afectación (o potencial afectación) de derechos humanos, derivada del acceso y uso de los recursos naturales, así como por los impactos ambientales de las actividades económicas[21].

El estudio da cuenta de 97 conflictos socioambientales ocurridos en el país entre enero de 2010 y junio de 2012, y permite concluir que estos tienen tres causas principales: i) el lugar de la exploración o explotación; ii) los residuos, emisiones[22] e inmisiones[23] que generan; y iii) el uso y/o contaminación de recursos naturales.

CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES ORIGINADOS POR EL LUGAR DONDE SE EMPLAZAN

De los conflictos socioambientales analizados, un 55% se producen por el lugar de explotación o exploración. En esta categoría se agrupan los conflictos derivados de actividades emplazadas en territorios que se encuentran protegidos por su riqueza natural o biodiversidad así como aquellos que tienen un valor cultural o turístico. En este sentido, quienes cuestionan la ubicación de estos emplazamientos invocan el derecho a un medio ambiente libre de contaminación por los efectos que las actividades productivas podrían generar sobre las características de dichos lugares. Tal es el caso de la desafectación del Parque Nacional Lauca para la realización de explotaciones mineras, la extracción de oro y plata en la Reserva Nacional Las Vicuñas, así como la perforación de los géiseres del Tatio para la generación de energía geotérmica. En todos estos casos la causa de la disputa se relaciona con la afectación de ecosistemas frágiles, la disminución de recursos naturales y la pérdida del valor patrimonial-turístico de los lugares.

Un caso reciente en este ámbito es el conflicto suscitado en torno a Isla Riesco, donde las empresas Copec y Ultramar proyectan la extracción de carbón a cielo abierto a través de las Minas Invierno, Adela, Río Eduardo, Elena y Área Oeste, cuyo inicio sería en diciembre de este año. Al respecto se organizó el Movimiento Alerta Isla Riesco que reclama la afectación de la biodiversidad de la zona producto de los residuos de la explotación carbonera[24].

20 El Mapa de Conflictos Socioambientales en Chile estará disponible en el sitio web del INDH a partir de diciembre de 2012. Al respecto, el trabajo previo de diversas organizaciones no gubernamentales y medios de comunicación, entre otras, Corporación Participa, OLCA y El Ciudadano, han constituido antecedentes relevantes para el trabajo desarrollado por el INDH.

21 Así, se incorporaron en este estudio aquellos conflictos socioambientales que cumplieran los siguientes requisitos: i) corresponder a una disputa en razón de diferentes valores, percepciones y significados sobre circunstancias que afectan el medio ambiente y los derechos de las personas; ii) ocurrir en la esfera pública, en el sentido de ser visible para un grupo mayor de personas además de las propias involucradas, y haber tenido alguna expresión pública en el período 2010-2012, independientemente de su fecha de inicio o la etapa en que se encontrara; e iii) involucrar acciones colectivas. Además, la consideración de un conflicto socioambiental no dependió, en caso de existir, del monto de la inversión, el tamaño de la empresa involucrada ni la procedencia de su capital. A estos se añadieron conflictos socioambientales históricos que, independiente de la ocurrencia de manifestaciones públicas en el período señalado, resultaban interesantes de analizar bajo la perspectiva de derechos humanos.

22 Corresponde a la descarga directa a la atmósfera de gases o partículas, ya sea por una chimenea, ducto o punto de descarga.

23 Inmisión es la recepción de la carga contaminante (emisión) en el medio ambiente, es decir, la concentración de sustancias contaminantes en un medio determinado (agua, aire, tierra).

24 Para mayores antecedentes visitar la página web http://www.alertaislariesco.cl/

Si bien existen disputas por localización en todo el país, éstas tienden a concentrarse en las regiones de Atacama (13,2%), Arica y Parinacota (11,3%), Antofagasta (9,4%) y Araucanía (9,4%). Esto está estrechamente relacionado con los sectores productivos a los cuales se asocia este grupo de conflictos: la minería (39,6%) y la energía (34%).

En las regiones del norte del país, lo anterior se materializa en que los conflictos socioambientales ocurren por la localización de faenas mineras, pues es en las zonas áridas y semiáridas donde se encuentran las principales reservas de cobre y metales asociados que han despertado el interés de las empresas del rubro[25]. A esto se suma que la expansión de la minería de las últimas décadas ha implicado buscar nuevas fuentes energéticas para mantener en funcionamiento sus actuales operaciones y garantizar las que se desarrollarán a futuro. Por ello, los conflictos socioambientales catastrados que suceden en la zona norte del país y se vinculan a la generación de energía eléctrica tienen a la base el aumento de la demanda energética que proviene desde el sector minero. Tal es el caso de la Central Termoeléctrica Angamos, ubicada en Mejillones, que abastece a Minera Spence y Minera Escondida.

Esto muestra la incidencia que tiene la explotación del cobre –principal *commodity*[26] de la economía chilena– en la generación de conflictos debido, por un lado, a los impactos que genera su extracción sobre el medio ambiente, las comunidades aledañas y las economías locales; y, por otro, sobre la generación de electricidad, cuyo principal consumidor es la propia industria minera. De hecho, en 2011 la minería consumió el 39% de la energía del país (Servicio Nacional de Geología y Minería, 2011).

25 A esto se suma la adaptación de la normativa interna al auge minero de las últimas décadas, introduciendo modificaciones no sólo al Código Minero, sino que también al desarrollo de reformas tributarias y aduaneras que han significado un aumento considerable de las inversiones extranjeras en minería y, por tanto, de un número importante de nuevos proyectos. Según cifras del Comité de Inversiones Extranjeras, en 2011 la Inversión Extranjera Directa (IED) alcanzó los 17.299 millones de dólares, de los cuales un 60,1% estaba destinado al sector minero (Comité de Inversiones Extranjeras, 2012).

26 Término utilizado para señalar aquellos bienes generados en masa, cuyo valor de transacción es bajo dado su escaso nivel de diferenciación respecto a sus similares en el mercado. En el caso de Chile corresponde, entre otros, al cobre, la celulosa y las frutas.

En el caso de las centrales térmicas se suma otra arista: su localización en el borde costero. Esto, debido a que requieren grandes volúmenes de agua de mar para el proceso de enfriamiento de sus calderas. La succión y posterior devolución al mar de estas aguas a elevadas temperaturas puede causar la muerte de larvas, plancton y organismos marinos necesarios para el funcionamiento del ecosistema, y terminar afectando además la fuente laboral de los pescadores de la zona. En este sentido, el derecho al trabajo se suma al catálogo de derechos invocados por quienes reclaman.

Más al sur, las hidroeléctricas de embalses y de pasada[27] también generan disputas por su ubicación. Entre las primeras destacan Hidroaysén y Cuervo en la región de Aysén, San Pedro en la región de Los Ríos y Angostura en la región del Biobío. La principal causa de estos conflictos se vincula a las grandes extensiones de territorio que serán inundados por los embalses, acción que requerirá la previa reubicación de las comunidades aledañas. Al respecto, el reclamo del Movimiento Patagonia sin Represas apunta a los efectos sobre los ecosistemas, la biodiversidad, el paisaje, el turismo y otras actividades económicas o de subsistencia que se desarrollan en esos territorios[28]. Por su parte, las centrales de pasada podrían generar conflictos socioambientales fundamentalmente por la disminución de los caudales de agua. Esta es la situación de la Central Alto Maipo en la Región Metropolitana, que construirá ductos para la captación de agua proveniente de diversos esteros de la cuenca del río Maipo. Según el Movimiento No Alto Maipo, esto afectaría la biodiversidad del lugar, las actividades turísticas y recreacionales que se desarrollan en la zona, así como la conservación de sitios arqueológicos[29].

Otro punto a destacar es que en el 56,6% de los conflictos socioambientales por localización se invoca la afectación de tierras y territorios indígenas. Al respecto es necesario aclarar que las tierras y territorios indígenas en cuestión no ne-

27 Son aquellas centrales que desvían momentáneamente una fracción del caudal de un río con el fin de aprovechar la caída de agua y lograr el movimiento de un conjunto de turbinas (Centro de Energías Renovables, 2011).

28 Para mayor información, visitar la página web http://www.patagoniasinrepresas.cl/final/index.php

29 Para más información visitar la página web http://noaltomaipo.blogspot.com/

cesariamente coinciden con aquellas tierras que se encuentran reconocidas por CONADI en el Registro Público de Tierras Indígenas[30]. Entre estos conflictos socioambientales se encuentran los proyectos de exploración y explotación dentro y/o en las cercanías de territorios que comunidades indígenas habitan o reclaman como suyos. Tal es el caso de Pascua Lama, Las Flechas y El Morro, los que se ubican en Alto del Carmen y han generado la movilización de la cultura huascoaltina.

Otro grupo de conflictos donde se invoca la afectación de tierras y territorios indígenas corresponde a los asociados a la construcción de las líneas de alta tensión para la transmisión de la energía generada hacia los sistemas de interconexión existentes en el país. En esta situación se encuentran las líneas Neltume-Pullinque y Melipeuco-Freire, que atravesarían territorios del pueblo mapuche.

Al respecto, una de las principales solicitudes de los actores involucrados es la aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual establece en su artículo 6 N°1 letra a) el deber de los Estados de "consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente".[31]

CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES ORIGINADOS POR EMISIONES, INMISIONES Y RESIDUOS

Los conflictos que se generan por emisiones, inmisiones y residuos se concentran en las regiones de Antofagasta (16,2%), Atacama (16,2%), Biobío (16,2%), Valparaíso (13,5%) y Coquimbo (13,5%), e involucra a comunas consideradas como zonas de sacrificio[32]: Mejillones, Huasco, Puchuncaví y Coronel.

Estas disputas tienen a la base la demanda por el derecho a un medio ambiente libre de contaminación, el cual aparece en todos los casos, y en un 89,2% eso se complementa con la invocación del derecho a la salud. Casos emblemáticos en este ámbito son la "Fundición Ventanas de Codelco" y la "contaminación por polimetales en Arica", los que fueron abordados en el Informe Anual 2011 del INDH.

Respecto a los sectores económicos involucrados, este grupo de conflictos socioambientales se asocia principalmente a la actividad energética (59,5%) y minera (24,3%). En el caso de la producción de energía, las disputas surgen por las emanaciones de sus plantas, así como por las canchas de acopio de residuos. Por ejemplo, las centrales térmicas –sobre todo aquellas que utilizan carbón o *petcoke*[33] como combustible– generan controversia en las comunidades aledañas por el material particulado[34] que producen, cuyo contenido incluye dióxido de azufre, metales pesados y dióxido de carbono. Estos elementos se acumularían en el suelo, las aguas y el borde costero afectando la salud y otras actividades económicas como la pesca artesanal, la agricultura y el turismo (Méndez, 2011). Al respecto, existen en el país 22 conflictos socioambientales ligados a centrales termoeléctricas, entre las que destacan: Patache en Iquique, Guacolda y Punta Alcalde en Huasco, Castilla en Punta Cachos, Barrancones en La Higuera y Campiche en Puchuncaví.

En el caso de la minería, las controversias ocurren por sus residuos, principalmente por los denominados Pasivos Ambientales Mineros (PAM)[35]. Actualmente en Chile existen faenas abandonadas, tanto estatales como privadas, en todo el territorio nacional debido a la inexistencia hasta 2011 –año en que se promulgó la Ley 20.551 de Cierre de Faenas Mineras– de una normativa que obligara a las compañías a hacerse cargo del cierre de sus operaciones y de todo el material contaminante que quedaba depositado sin ningún

30 El Registro Público de Tierras Indígenas no incluye los territorios.

31 Sobre el deber del Estado de realizar consultas indígenas, ver capítulo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de este Informe.

32 Término acuñado por el sector ambientalista para reflejar aquellos lugares costeros que concentran una gran cantidad de industrias y se encuentran muy contaminados. Para más información consultar la página de OCEANA: http://oceana.org/es/sa/nuestro-trabajo/energia-limpia/zonas-de-sacrificio/antecedentes

33 Es un subproducto del refinamiento del petróleo que contiene altas concentraciones de azufre y metales pesados como el níquel y el vanadio.

34 Por material particulado se entiende las muy pequeñas porciones de material sólido o líquido que quedan suspendidas en el aire.

35 Corresponden a las instalaciones mineras abandonadas o paralizadas, incluyendo sus residuos, que constituyen un riesgo significativo para la salud o seguridad de las personas, para el medio ambiente o para las actividades económicas (Cámara de Diputados, 2010). Para mayor información, consultar: Servicio Nacional de Geología y Minería (2010) y Oblasser & Chaparro (2008).

resguardo, convirtiéndose en potencial fuente de contaminación para el medio ambiente y la salud de las personas (Cámara de Diputados, 2010). Casos emblemáticos en relación a residuos mineros son los ocurridos en la comuna de Andacollo, donde existen alrededor de 90 depósitos de relaves, de los cuales gran parte se encuentra en el radio urbano y algunos dentro del perímetro central, poniendo en riesgo el derecho a la salud de la población dada la alta concentración de mercurio.

Un conflicto por emisiones que acaparó la atención de la opinión pública en 2012 fue el ocurrido en Freirina, Región de Atacama, a propósito de la operación del complejo que la empresa Agrosuper construyó para la crianza de cerdos, y que entre sus efectos se encuentra la emanación de olores relacionados con el tratamiento de heces. Preocupado por la posible vulneración de derechos, el INDH realizó una misión de observación donde constató la afectación al medio ambiente y la calidad de vida de las personas, ante lo cual instó al Estado a adoptar todas las medidas necesarias para subsanar la situación, resguardando el derecho a un medio ambiente libre de contaminación y el derecho a la salud. Además, recomendó la adopción de una norma de olores, aspecto que hoy obstaculiza el monitoreo de la contaminación odorífera en Chile (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012).

CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES ORIGINADOS POR EL USO Y/O CONTAMINACIÓN DE RECURSOS NATURALES

En cuanto a la tercera causa de los conflictos socioambientales por uso y/o contaminación de recursos naturales, las controversias se concentran en las regiones de Arica, Atacama, Coquimbo y Valparaíso; y se vinculan fundamentalmente con el derecho al agua[36] y la competencia que se genera por este recurso entre diversos actores.

En un 75% de estos conflictos se encuentran involucradas las empresas mineras que requieren grandes volúmenes de este elemento para sus faenas productivas, lo que es reclamado por las comunidades que requieren el suministro para el desarrollo de sus actividades productivas y la satisfacción de sus necesidades básicas. Esta situación se vuelve más alarmante si se considera que en la zona centronorte del país, donde se concentran gran parte de los conflictos socioambientales de este tipo, el agua es un recurso escaso y las fuentes naturales están prácticamente agotadas[37].

Si bien el sector minero ha invertido en la exploración de nuevas fuentes de aguas subterráneas, el mejoramiento tecnológico para incrementar la eficiencia de su uso y la desalinización de agua marina (Comisión Chilena del Cobre, 2008), estos no son equivalentes a la presión sobre los recursos hídricos.

En este ámbito, es un problema la contaminación de las aguas superficiales y las napas subterráneas. Ejemplo de ello es el conflicto socioambiental que se desarrolla en el Valle del Pupío, comuna de Los Vilos, en relación al tranque de relaves El Mauro de Minera Pelambres, el que ha generado rechazo en la comunidad de Caimanes y ha sido sindicado como contaminante de los esteros circundantes. Al respecto, un peritaje realizado por la Policía de Investigaciones en agosto de 2012 señaló que las aguas del Estero Pupío, en los puntos analizados, no serían recomendables para riego y bebida dada la presencia de altas concentraciones de manganeso, hierro y mercurio (Policía de Investigaciones de Chile, 2012).

Estos resultados muestran que las disputas por la potencial afectación de derechos humanos derivada del acceso y uso de los recursos naturales, así como por los impactos ambientales y sociales de las actividades económicas, son una realidad ineludible del país frente a las cuales el Estado tiene

36 El derecho al agua tiene dos fuentes importantes de estándares: la Observación general Nº 15 del Comité DESC, cuyo artículo I.1 establece que "El derecho humano al agua es indispensable para una vida humana digna"; y la Resolución 64/292 de la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptada el 28 de julio de 2010, donde el derecho al agua fue reconocido explícitamente y se indica que este recurso es esencial para la realización de todos los derechos humanos.

37 Al respecto, ver las siguientes resoluciones de la Dirección General de Aguas: 232/1994 Zona de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas en la cuenca del río Copiapó, provincia de Copiapó, III Región; 202/1996 Zona de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterránea en el acuífero del Valle de Azapa, en la I Región; 197/2000 Declaración de Agotamiento del río Loa y sus Afluentes (aguas superficiales); 72/2005 Declaración de Agotamiento del Río Grande y Limarí y sus Afluentes (aguas superficiales); 1515/2009 Declaración de Agotamiento del Río Elqui y sus Afluentes (aguas superficiales).

obligaciones específicas en materia de derechos humanos. Noventa y siete conflictos socioambientales a lo largo de Chile, donde se demanda persistentemente por el derecho al medio ambiente libre de contaminación, el derecho a la salud y el derecho al agua, entre otros, dan cuenta de ello.

La revisión de estos conflictos, ligados principalmente a los sectores de energía y minería, pone en evidencia la urgencia de que el Estado termine de aprobar normas acordes a los estándares de derechos humanos e implementar la institucionalidad ambiental, lo que debiera contribuir –a través de la fiscalización, la consulta y participación, el acceso a información y la resolución de disputas– a garantizar los derechos humanos y el desarrollo sustentable al que el país se ha comprometido.

BIBLIOGRAFÍA

Cámara de Diputados. (2010). *Informe de la Comisión Investigadora sobre la situación en que se encuentran los depósitos de relaves mineros existentes en el país.* Recuperado el 12 de octubre de 2012, de http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=466&prmTIPO=INVESTIGAFIN

Centro de Energías Renovables. (2011). *Energía hidroeléctrica.* Recuperado el 12 de octubre de 2012, de CER: http://cer.gob.cl/tecnologias/files/2011/12/libro_hidroelectrica.pdf

Comisión Chilena del Cobre. (2008). *Buenas prácticas y uso eficiente de agua en la industria minera.* Recuperado el 12 de octubre de 2012, de COCHILCO: http://www.cochilco.cl/pdf/libro_final.pdf

Comité de Inversiones Extranjeras. (2012). *Chile país de oportunidades.* Recuperado el 10 de octubre de 2012, de CIE: http://www.inversionextranjera.cl/images/stories/pdfs/publicaciones/Chile%20pais%20de%20oportunidades%2012.pdf

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2012). *Informe Misión de Observación a Freirina.* Recuperado el 12 de octubre de 2012, de INDH: http://www.indh.cl/mision-freirina-final.pdf

Méndez, N. (2011). La era de las termoeléctricas. *Revista del Colegio de Ingenieros de Chile A.G, Enero-marzo*(197), 25-27.

Oblasser, Á., & Chaparro, E. (2008). *Estudio comparativo de la gestión de pasivos ambientales mineros en Bolivia, Chile, Perú y Estados Unidos.* Recuperado el 10 de octubre de 2012, de CEPAL: http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/6/33416/lcl2869e.pdf

Policía de Investigaciones de Chile. (21 de agosto de 2012). *Informe pericial ambiental Nº153.* Recuperado el 12 de octubre de 2012, de http://radio.uchile.cl/wp-content/uploads/2012/09/Contaminacion-agua-PDI-1.pdf

Servicio Nacional de Geología y Minería. (2010). *Actualización Catastro faenas mineras abandonadas y paralizadas 2010: Análisis preliminar de riesgos.* Recuperado el 10 de octubre de 2012, de SERNAGEOMIN: http://www.sernageomin.cl/ambiental-catastro.php

Servicio Nacional de Geología y Minería. (2011). *Anuario de la minería en Chile 2011.* Recuperado el 12 de octubre de 2012, de SERNAGEOMIN: http://www.sernageomin.cl/pdf/mineria/estadisticas/anuario/anuario_2011.pdf



DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA



Fotografía: Tai Lin Muñoz



DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA

ANTECEDENTES

El derecho a una vivienda adecuada, entendido como "el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad"[1], no está reconocido explícitamente en la Constitución, en las leyes ni normativas. Adicionalmente, la concepción de vivienda utilizada en Chile se encuentra acotada al bien material que brinda cobijo a las personas.

En materia habitacional, el Estado chileno ha desarrollado políticas por más de cien años ligadas particularmente a la satisfacción de necesidades de la población más pobre y a la entrega de viviendas de interés social. Desde las primeras intervenciones del urbanismo higienista en la segunda parte del siglo XIX "iniciativa precursora en la acción estatal en vivienda social derivada de la Ley de Habitaciones Obreras de 1906, cuyo objetivo era mejorar las condiciones de higiene de la vivienda popular –hasta el gobierno de Salvador Allende, la construcción y el financiamiento de viviendas sociales se realizaba directamente por el Estado a través de sus propias empresas–. Posteriormente, dicho esquema de provisión fue reemplazado por un modelo subsidiario de atención habitacional que traspasaba a manos de privados la entrega de bienes y servicios donde el Estado era menos eficiente (Loo, 2009). En la actualidad, la acción estatal está circunscrita principalmente a la entrega de aportes fiscales (subsidios) para la adquisición de soluciones habitacionales[2] que se ofertan en el mercado inmobiliario y se cofinancian con la banca, así como a la definición de estándares mínimos de materialidad y equipamiento que deben ser cumplidos por los privados que intervienen en el proceso de construcción.

En este marco, uno de los principales problemas en Chile es la calidad de las viviendas y la segregación social que generan. En efecto, durante los últimos veinte años la producción masiva de viviendas ha permitido disminuir el déficit habitacional desde un millón de viviendas a comienzos de los años 90 a 469.551 en la actualidad[3] (Cámara Chilena de la Construcción, 2011), sin mayor atención a otros atributos que son igualmente relevantes. Este diagnóstico general, sin embargo, tiene una excepción en el caso de las personas afectadas por el terremoto y maremoto de febrero de 2010, las que todavía enfrentan problemas de acceso a la vivienda. Según las últimas cifras oficiales se encuentran en esta situación 101.366 familias[4] (Ministerio de Vivienda y Urbanismo, 2012b).

En relación al problema de la calidad y la segregación social de las viviendas sociales en el país, un ejemplo es la zona de Bajos de Mena en la comuna de Puente Alto (Región Metropolitana), compuesta por 25.466 viviendas sociales organizadas en 48 villas, construidas con bajos estándares

1 Comisión de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari. Presentado el 25 de enero de 2001. E/CN.4/2001/51, párr. 8.

2 Concepto utilizado por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU) para referirse a las viviendas subsidiadas.

3 Esta cifra corresponde a los requerimientos habitacionales de interés social, es decir, para familias cuyos ingresos son menores a 22,1 UF. Incluye los requerimientos cuantitativos (para satisfacer las necesidades de hogares y núcleos allegados) y cualitativos (mejoramiento de viviendas inadecuadas).

4 Esta cifra corresponde a las obras en proceso de construcción (65.905) y las que están por iniciarse (35.461).

de calidad durante la década de los 90, y que hoy albergan a 122.278 personas en precarias condiciones (Ministerio de Vivienda y Urbanismo, 2012a). Al deterioro prematuro de sus viviendas se suma la falta de servicios básicos, el hacinamiento, la inexistencia de equipamiento comunitario[5], servicios y áreas verdes, así como el aislamiento por la falta de transporte y vías alternativas, lo que configura un escenario de pobreza, desintegración social y guetización que impide a las personas acceder a una geografía de oportunidades[6] (Zapata, Galleguillos, & Wehrhahn, 2009). Esta situación también ocurre en otros puntos del país: en Chile existiría un total de 64 guetos que concentran a 1.684.190 habitantes, de los cuales un 44% vive en el Gran Santiago y el 56% en regiones[7] (ATISBA, 2010).

Frente a este problema, el Poder Ejecutivo anunció en abril de 2012 la conformación de una Comisión Asesora Presidencial que trabajará en la formulación de una Política de Desarrollo Urbano para las ciudades de más de 100 mil habitantes, la que buscaría abordar los desafíos en torno a la planificación territorial y el desarrollo sustentable, y cuyos resultados estarían disponibles en marzo de 2013. Además, inició este año la implementación del Plan de Rehabilitación Urbana 2012-2014 para la zona de Bajos de Mena que permitiría disminuir la densidad poblacional, mejorar la conectividad, así como aumentar el equipamiento y áreas verdes de la zona.

La visita no oficial que realizó a Chile entre el 26 de abril y el 3 de mayo de 2012 la Relatora Especial para la Vivienda Adecuada, Sra. Raquel Rolnik, organizada por diversas entidades de la sociedad civil[8], buscó conocer en terreno el proceso de reconstrucción posterremoto y abrió debates sobre la forma en que dicho proceso se está desarrollando, así como respecto al modelo general que el país ha adoptado para brindar viviendas a su población. En efecto, la Relatora puso de relieve la necesidad de abordar los desafíos en materia de vivienda y reconstrucción desde una perspectiva de derechos humanos, pues "lo que ha producido el marco general de [la] política de vivienda que se está implementando hace más de veinte años en Chile, es un concepto de vivienda como bien ofertado por el mercado, subsidiado por el Estado para ser comprado por la gente, pero [ubicado] en periferias, no equipad[o], lejos de las oportunidades de trabajo" (Rolnik, 2012).

En este capítulo se abordará la definición que los estándares internacionales brindan sobre el derecho a una vivienda adecuada, la forma en como éste se materializa en la legislación nacional y las políticas públicas implementadas, así como los principales desafíos en materia de protección y garantía que tiene el Estado.

NORMAS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El reconocimiento de la vivienda adecuada como un derecho humano es el resultado de un proceso de décadas de debate y perfeccionamiento del concepto, cuyo origen está en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, donde se señala que "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios […]".

En este recorrido hay cuatro hitos relevantes para el enriquecimiento conceptual de este derecho que han permitido

5 Corresponde a las obras complementarias a las viviendas tendientes a favorecer el esparcimiento y el desarrollo social. En este concepto se incluyen las multicanchas, gimnasios, juegos infantiles, sedes sociales, bibliotecas, centros culturales, infocentros, entre otros.

6 Esta teoría, desarrollada por George Galster y Sean Killen en 1995, sugiere que el contexto geográfico influye sobre la toma de decisiones individuales que afectan el futuro socioeconómico de las personas.

7 Operacionalmente, el estudio de Atisba consideró como gueto a sectores que cumplieran con cuatro criterios: homogeneidad social (alto porcentaje de hogares pobres), concentración y tamaño (porcentaje de hogares pobres respecto a la ciudad en que se ubican), cobertura de servicios (metros cuadrados de comercio y servicios por habitante) y accesibilidad (distancia al centro principal).

8 Esta visita fue gestionada por una plataforma de organizaciones de la sociedad civil compuesta por el Movimiento Nacional por la Reconstrucción Justa (MNRJ), el Movimiento de Pobladores en Lucha (MPL), Fundación para la Superación de la Pobreza, Coalición Internacional del Hábitat (HIC), Corporación Interés Público, Corporación SUR, Hábitat para la Humanidad, Surmaule, Observatorio de Reconstrucción (OR), Vecinos del Barrio Yungay y la Asamblea de Vecinos de Villa Olímpica.

superar la visión inicial ligada sólo a la materialidad para así ampliar sus atributos: la Declaración de Vancouver, de 1976, donde se reconoce la vivienda como necesidad básica para la dignidad humana y parte integrante del derecho a un nivel de vida adecuado[9]; la Observación General Nº 4 del Comité DESC, de 1991, que añade elementos subjetivos y socioculturales como la integración social, la seguridad y el sentido de pertenencia[10]; el Informe del Relator Especial Sr. Rajindar Sachar, de 1993, el primero en establecer estándares internacionales en la materia e indicar las obligaciones de los Estados[11]; y la Declaración de Estambul, de 1996, que liga el derecho a la vivienda adecuada con el desarrollo de asentamientos humanos sostenibles[12]. De allí que, en la actualidad el derecho a la vivienda adecuada no se entiende solamente como un techo o cobijo, sino que se aborda como una puerta de entrada a otros derechos económicos, sociales y culturales (Rolnik, 2012).

El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos junto a ONU-Hábitat, agencia de Naciones Unidas dedicada a promover el desarrollo urbano han establecido que el concepto del derecho a la vivienda adecuada tiene a la base tres aspectos fundamentales. El primero de ellos corresponde a un conjunto de libertades, como el derecho a elegir la residencia, determinar dónde se quiere vivir, gozar de libertad de circulación, así como estar a salvo de interferencias a la privacidad en el hogar. El segundo corresponde a las potestades de tenencia segura y restitución de la vivienda, la tierra y la propiedad; el acceso igualitario y no discriminatorio a la vivienda adecuada, así como la participación en la toma de decisiones vinculadas a la vivienda, tanto a nivel nacional como comunitario. El tercero está asociado a no ser objeto de erradicaciones forzadas, destrucción y demolición arbitraria del hogar (ACNUDH y ONU-Hábitat, 2010).

9 Establecida en la Primera Conferencia de Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos desarrollada en Vancouver en 1976, conocida como Hábitat I.

10 Comité DESC. Observación General Nº4 El Derecho a Una Vivienda Adecuada. Establecida el 13 de diciembre de 1991. E/1991/23.

11 Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. El derecho a una vivienda adecuada: informe sobre la marcha de los trabajos presentado por el Relator Especial Sr. Rajindar Sachar. Presentado el 22 de junio de 1993. E/CN.4/Sub.2/1993/15.

12 Establecida en la Segunda Conferencia de Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos desarrollada en Estambul en 1996, conocida como Hábitat II.

Además de lo anterior, es necesario el cumplimiento de una serie de atributos para que una forma particular de refugio constituya una vivienda adecuada, lo que permite caracterizar de forma concreta lo indicado en los estándares internacionales sobre este derecho. Al respecto, el Comité DESC enumera en su Observación General Nº 4 los siguientes atributos del derecho a una vivienda adecuada:

- **Seguridad de la tenencia:** todas las personas deben gozar de una protección legal contra el desalojo, el hostigamiento u otras amenazas, independiente del tipo de tenencia de la vivienda.
- **Disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura:** la vivienda adecuada debe incluir servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición de las personas como agua potable, instalaciones sanitarias, servicios de emergencia, así como energía para la calefacción, cocción de alimentos y alumbrado.
- **Gastos soportables:** una vivienda adecuada implica que los recursos utilizados para su mantención son acordes al nivel de ingresos y no afectan la satisfacción de otras necesidades básicas de las personas y sus familias.
- **Habitabilidad:** la vivienda adecuada debe ofrecer un espacio apropiado a sus ocupantes, protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales como derrumbes e inundaciones y de enfermedad. Asimismo, debe garantizar la seguridad física de quienes la habitan.
- **Accesibilidad:** La vivienda adecuada debe ser para todos y todas, pero prioritaria para los grupos desaventajados y discriminados como las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y niñas, las personas con discapacidad, las víctimas de desastres naturales, entre otros.
- **Ubicación:** La vivienda adecuada debe localizarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente importante en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos de tiempo y económicos para llegar a los lugares de trabajo y

volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes.

- **Adecuación cultural:** La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y porque se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos.

El desarrollo del derecho a la vivienda adecuada es tan vasto que a estos atributos intrínsecos se le han ido sumando observaciones y salvaguardas para situaciones particulares, como las erradicaciones forzadas o las relocalizaciones post desastres naturales[13]. Además, existe un conjunto de estándares específicos para mujeres, niños y niñas, personas que habitan en tugurios[14], personas en situación de calle, pueblos indígenas, personas con discapacidad, personas adultas mayores, migrantes y desplazados[15].

En tanto derecho económico, social y cultural, el derecho a la vivienda adecuada requiere que el Estado solucione, progresivamente y en la medida de los recursos que disponga, la carencia de vivienda adecuada en la población, tanto por el aseguramiento universal y no discriminatorio de las condiciones básicas de saneamiento como por medio de la entrega de financiamiento a grupos vulnerados. En este sentido, el derecho a una vivienda adecuada no es solamente una meta programática que debe alcanzarse a largo plazo, sino que implica realizar sin demora y dentro de los recursos disponibles todos los esfuerzos para llevar a la práctica este derecho en el corto y mediano plazo[16]. Es importante destacar que esta obligación no prohíbe los proyectos de desarrollo que podrían desplazar a las personas, pero le impone condiciones y límites de procedimiento de modo que sean concebidos, formulados y aplicados en conjunto con la comunidad, minimizando los desalojos y las perturbaciones que causan[17].

A modo de reforzar el sentido del derecho a la vivienda adecuada, ACNUDH y ONU-Hábitat señalan un conjunto de ideas fuerza para clarificar interpretaciones que se consideran erradas y fuera del espíritu de los estándares internacionales, sobre todo en relación al alcance de las obligaciones de los Estados[18]. De forma sintética, algunas aclaraciones que se realizan son:

13 Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas (Principios Pinheiro), art. 1.1, art. 1.2, art. 2.1, art. 8.2, art. 13.1 y art. 18.1; Observación General Nº 7 del Comité DESC sobre desalojos forzosos; Resolución A/HRC/19/L.4 del 15 de marzo de 2012, sobre la vivienda adecuada como un elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado en el contexto de situaciones de desastre.

14 Corresponde a asentamientos precarios. En Chile, su equivalente serían las viviendas catalogadas en el CENSO como "mejora", "mediagua", "rancho", "choza", "ruca", "vivienda móvil" y "otro tipo de vivienda". Al respecto, ver CEPAL (2007).

15 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17; Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5 e) iii); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, art. 14 2) y art. 15 2); Convención sobre los Derechos del Niño, art. 16 1) y art. 27 3); Convenio Nº 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, art. 14, art. 16 y art. 17; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, art. 43 1) d); Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 9 y art. 28; Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, art. 47, art. 58 m), art. 92, art.147) y art. 256 k); Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, recomendaciones 19, 20, 21, 22 y 23; Recomendación OIT Nº115 sobre el derecho a la vivienda de los trabajadores, art. 2, art. 5, art. 8.2 y art. 19.

16 Al respecto, el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica: "Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

17 Al respecto, el párrafo 15 de la Observación Nº 7 del Comité DESC indica que: "El Comité considera que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales".

18 Para más información consultar ACNUDH y ONU-Hábitat (2010).

El derecho a una vivienda adecuada no exige que el Estado construya viviendas para toda la población, pero sí que garantice que todas las personas puedan acceder a ella y se abstenga de realizar prácticas que inhiban dicho acceso.

El derecho a una vivienda adecuada no es lo mismo que el derecho a la propiedad, pues se vincula con otros derechos que tienen como fin asegurar que todas las personas, incluidas las que no son propietarias, tengan un lugar seguro para vivir en paz y dignidad.

El derecho a la vivienda adecuada no es lo mismo que el derecho a la tierra, pero en algunos casos puede requerir para su pleno ejercicio y goce el logro del acceso a la tierra y su control[19].

NORMATIVA NACIONAL

En el ámbito normativo nacional, la Constitución no considera el derecho a la vivienda adecuada dentro del catálogo de derechos reconocidos en su artículo 19, lo que impacta directamente en los mecanismos que las personas tienen a disposición para hacerlo exigible. Sin embargo, en virtud de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[20] (entre otros tratados internacionales de derechos humanos que establecen estándares en la materia), y en base al art. 5º de la Constitución que obliga al cumplimiento de estos compromisos internacionales en derechos humanos, el Estado está obligado a respetar, proteger y garantizar el derecho a la vivienda adecuada.

La regulación específica del sector de vivienda se realiza a través de una serie de leyes y decretos que conforman el marco regulatorio bajo el cual el Estado enfrenta la provisión habitacional[21]. Al respecto, las normas más importantes son el D.F.L. 458 del año 1975 y el D.S. 47 del año 1992, ambas del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU). El primero, conocido como Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC) establece los principios, atribuciones, potestades, facultades, responsabilidades, derechos, sanciones y demás normas que rigen a los organismos, funcionarios, profesionales y particulares en las acciones de planificación, urbanización y construcción que se desarrollen en el territorio nacional. Por su parte, el D.S. 47 –conocido como Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC)– regula el procedimiento administrativo, los procesos de planificación, urbanización y construcción, además de fijar los estándares técnicos de diseño y de construcción exigibles a quienes desempeñan estas tareas.

En este marco, la vivienda es entendida como "la edificación o unidad destinada al uso habitacional"[22]. El apoyo estatal –sea por la vía de beneficios, franquicias o exenciones– está destinado exclusivamente a aquellas denominadas viviendas económicas, las que se encuentran reguladas en el Título 6 de la OGUC y cuya superficie edificada no debe superar los 140 metros cuadrados, incluido el terreno donde se emplazan[23]. Por su parte, la vivienda social corresponde a una "vivienda económica de carácter definitivo, cuyo valor de tasación no sea superior a 400 unidades de fomento, salvo que se trate de condominios de viviendas sociales en cuyo caso podrá incrementarse dicho valor hasta en un 30%"[24]. Además, se señala que las condiciones arquitectónicas de las viviendas sociales deben incluir al menos tres recintos: un dormitorio para dos camas, una sala de estar-comedor-cocina y un baño con inodoro, lavamanos y ducha[25].

Como se observa, el concepto de vivienda que se encuentra en esta normativa –y que permea el resto del marco regulatorio– está restringido al ámbito habitacional, haciendo referencia sólo a los metros cuadrados y su valor de tasación en el mercado para establecer lo que constituye una vivienda económica o social a efectos de la implementación de políticas públicas. Eso se refuerza con lo establecido en las normas técnicas para su construcción, las que sólo hacen

19 Aunque se indica la diferencia entre derecho a la vivienda y derecho a la tierra, su intrínseca vinculación hace imposible proveer viviendas sin acceso al suelo. Si bien tener derecho a una vivienda adecuada no implica ser propietario del suelo donde se asienta, al tener seguridad en la tenencia, por ejemplo mediante el derecho al uso del suelo, es posible evitar ser desalojado. Para mayor información consultar ONU-Hábitat y Red Global de Herramientas del Suelo (2008).

20 Mediante el Decreto Nº 326 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 27 de mayo de 1989.

21 Esta información se encuentra disponible en el sitio web del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, sección normas legales.

22 Ministerio de Vivienda y Urbanismo. D.S. 47, publicado el 5 de junio de 1992, art. 1.1.2.

23 Ibídem, arts. 6.1.2. y 6.1.4.

24 Ibídem, art. 6.1.2.

25 Ibídem, art. 6.4.1.

mención a características relacionadas con la materialidad e infraestructura de la vivienda. Todo esto hace posible afirmar que la definición chilena no cumple con los estándares internacionales sobre vivienda adecuada, específicamente en relación con los atributos de seguridad de la tenencia, gastos soportables, accesibilidad, adecuación cultural, ubicación, disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura, así como algunos aspectos del componente de habitabilidad.

Existen varios ejemplos de este diagnóstico. En 1997 quedó al descubierto el caso de las "Casas Copeva", consistente en 1.708 viviendas sociales de la Villa El Volcán 2 en Puente Alto construidas con estándares mínimos de materialidad, que por falta de impermeabilización de sus muros y otras fallas estructurales quedaron completamente inundadas, situación que fue solucionada en un primer momento con la instalación de un recubrimiento de nylon. Tras quince años de litigio, el pasado 23 de octubre la Corte Suprema sentenció al SERVIU Metropolitano a indemnizar a 592 familias por la falta en que incurrió el servicio al no supervisar que las viviendas se construyeran adecuadamente[26] (Emol, 2012a). Un caso similar ocurrido más recientemente es el de la población Ruca Pehuén en San Pedro de la Paz, Región del Biobío, cuyas viviendas presentan filtraciones y grietas importantes en sus losas, lo que ha llevado a sus residentes a manifestarse ante las autoridades para exigir una solución (Charpentier, 2010).

El hacinamiento experimentado en los condominios Nuevo Horizonte II y Brisas del Mar en Viña del Mar, así como en el condominio Vicuña Mackenna en Rancagua, donde existen 1.793 departamentos con una superficie promedio de 38,2 metros cuadrados, también es muestra de los problemas en materia de habitabilidad, razón que llevaría al Poder Ejecutivo a implementar próximamente un plan de recuperación de estas viviendas sociales, según ha anunciado (Emol, 2012b).

Otra arista del problema se observa en la Villa Estación Ferroviaria de Puente Alto. Su construcción sobre el vertedero La Cañamera –situación descubierta en 2003 producto del colapso de una matriz de alcantarillado– ha llevado a sus habitantes a exigir su erradicación, no sólo por las altas concentraciones de metales pesados en el suelo y el agua, sino también por las posibles explosiones producto del biogás que rodea sus casas (Jara, 2011).

A lo anterior se agrega las dificultades del MINVU para incidir en la gestión del suelo, dado que no tiene la atribución legal para definir cómo y para qué fines se utiliza (función social)[27]. Ello implica que la localización de las viviendas sociales que el Estado provee, en cuya tasación se incluye el precio del suelo, está sujeta a la disponibilidad de terrenos –públicos o privados– y su valor establecido en el mercado, situación que incide en la periferización de los sectores pobres[28]. Al respecto, un estudio desarrollado en mayo de 2012 indica que "no existe suelo disponible para viviendas destinadas a los grupos más vulnerables dentro del actual radio urbano del Gran Santiago" (Cámara Chilena de la Construcción, 2012, pág. 12).

LA POLÍTICA PÚBLICA DE VIVIENDA Y LOS OBSTÁCULOS PARA GARANTIZAR EL DERECHO

El Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU) es el principal responsable en la provisión de mecanismos de acceso a la vivienda, en la definición de estándares habitacionales[29] y en la formulación de instrumentos para regular el desarrollo urbano. Fue creado por la Ley 16.391 de 1965, y luego reestructurado y regionalizado mediante el Decreto Ley N°1.305 de 1975. Este decreto dispone la desconcentración administrativa del MINVU estableciendo las Secretarías

26 Rol causa Nº 8895-2009.

27 En Chile, el Estado tiene la propiedad del 51% del suelo (Ministerio de Bienes Nacionales, 2011). La administración del uso, goce y disposición del suelo fiscal está en manos del Ministerio de Bienes Nacionales y se realiza en función de lo establecido en el Decreto Ley 1.939 del 10 de noviembre de 1977. En el caso de la cesión a título gratuito del suelo fiscal, ésta se realiza en casos acotados y bajo el cumplimiento de determinadas condiciones. Mientras, la cesión a título oneroso se realiza a través de la comercialización en el mercado, donde se transa a valor comercial.

28 Medidas como la expropiación o el traspaso de bienes públicos entre instituciones tienen escasa viabilidad en Chile, ya que ni la Constitución ni las regulaciones de los organismos públicos lo viabilizan.

29 Estos estándares son de carácter mínimo y su objetivo es regular las viviendas que pueden ser objeto de subsidio estatal. Dichos estándares son revisados cada cierto tiempo y publicados mediante resolución exenta del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

Regionales Ministeriales (SEREMI) y los Servicios de Vivienda y Urbanización (SERVIU)[30].

Las SEREMI de Vivienda y Urbanismo tienen como función principal representar al gobierno central en las regiones y asumir la planificación regional de las políticas del MINVU. Por su parte, los SERVIU son los encargados de ejecutar las políticas ministeriales en el territorio, siendo los responsables del seguimiento de la ejecución de los subsidios habitacionales desde su otorgamiento hasta la obtención de una vivienda. Además, los SERVIU administran diversos programas para el mejoramiento de viviendas existentes, de pavimentación y de equipamiento comunitario, entre otros, y hasta 2006 se involucraron también en el diseño de proyectos de vivienda, lo cual ya ha sido totalmente tercerizado a las Entidades de Gestión Inmobiliaria Social (EGIS)[31].

En el ámbito de las políticas públicas, el Estado históricamente se ha centrado en la entrega de vivienda social a los sectores más vulnerables. En 1979, en el contexto de la adopción del modelo subsidiario, se promulgó la Política Nacional de Desarrollo Urbano (PNDU) que postulaba tres aspectos fundamentales: i) que el suelo urbano no es un recurso escaso, ii) la aplicación de sistemas flexibles de planificación, con una mínima intervención estatal, y iii) la necesidad de definir procedimientos y eliminar restricciones para permitir el crecimiento natural de las áreas urbanas, siguiendo la tendencia de la oferta y la demanda (Ministerio de Vivienda y Urbanismo, 2004). Esto implicó la irrupción del mercado como ejecutor, articulador y financiador de la oferta de vivienda social, quedando el Estado a cargo de fomentar la iniciativa privada para la provisión de este bien material a las familias. A partir de esto, la vivienda fue concebida como "un derecho que se adquiere con el esfuerzo y el ahorro, acción en la cual la familia y el Estado comparten su cuota de responsabilidad" (Ministerio de Vivienda y Urbanismo, 2004, pág. 187), llevando a estructurar la política pública habitacional en base a tres pilares: el aporte estatal del subsidio, el ahorro de las familias y el crédito complementario.

Si bien la temprana obsolescencia física de los conjuntos de vivienda social construidos entre 1980 y 2000 ha favorecido el cuestionamiento de la política habitacional[32] llevada a cabo por el Estado chileno por más de cuatro décadas –en particular en referencia a la calidad de las soluciones, su localización y la incidencia de ésta en la segregación social–, el modelo de provisión de vivienda ha permanecido sin mayores alteraciones hasta hoy salvo algunos ajustes en los mecanismos de asignación de subsidios y su cobertura: con el subsidio como principal herramienta de política pública estatal, con una fuerte participación de la banca en la entrega de financiamiento complementario y la definición de las condiciones en que se realiza[33], así como un mercado inmobiliario que regula el precio del suelo y materializa las viviendas[34].

En la actualidad, la política habitacional corresponde a un conjunto de subsidios –algunos generados por gobiernos anteriores y otros creados recientemente– que fueron articulados y corregidos luego de un proceso de revisión efectuado entre 2010 y 2011 por el MINVU, dando origen al Sistema Integrado de Subsidio Habitacional (Ministerio de Vivienda y Urbanismo, 2010a). Este sistema se encuentra normado por el Decreto 1/2011 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, el cual entró en vigencia en agosto de 2012. En esta política pública se define el subsidio como una "ayuda estatal directa, que se otorga por una sola vez al beneficiario, sin cargo de restitución, y que constituye un complemento del ahorro que necesariamente deberá tener el beneficiario y, si lo necesitare, del crédito que obtenga para financiar la adquisición o construcción en sitio propio, de una vivienda

30 Estos servicios regionales fusionaron a las Corporaciones que habían sido creadas décadas anteriores como la CORVI, CORHABIT, CORMU y otras.

31 Según la información publicada en el sitio web de MINVU, las EGIS son "organizaciones privadas y del sector público que cumplen funciones de asistencia técnica y social en el marco de los programas habitacionales dirigidos a los sectores vulnerables, cuya tarea consiste en desarrollar y presentar proyectos habitacionales al MINVU que sean técnica y económicamente factibles, ajustados a la normativa vigente, coherentes con las aspiraciones de las familias, pertinentes con el propósito de mejorar la calidad de vida de las personas que forman parte del proyecto e insertos en barrios e integrados al entorno".

32 La mayoría de estos cuestionamientos han provenido de la academia y de organizaciones de la sociedad civil dedicadas al ámbito de la vivienda adecuada. Ejemplo de ello son los estudios de Ducci (2000), Sabatini, Cáceres & Cerda (2001), Hidalgo (2004), Jirón & Cortés (2004), Rodríguez & Sugranyes (2005) y Sepúlveda et. al (2009).

33 En este ámbito operan diversas instituciones: las que reciben y acreditan el ahorro de las personas postulantes, las que entregan y administran los créditos hipotecarios, las que emiten bonos de deuda para manejar el riesgo crediticio y las que compran los instrumentos de deuda como inversión.

34 Al respecto, la Cámara Chilena de la Construcción es un actor relevante.

económica"[35], la cual deberá tener como destino exclusivo el uso habitacional.

Según lo declarado por el MINVU, los ejes estratégicos del Sistema Integrado de Subsidio Habitacional son: i) otorgar real capacidad de elección a las familias, de modo que –con subsidio en mano– puedan elegir entre adquirir una vivienda nueva o usada, o bien, sumarse junto a otras familias a un proyecto en construcción; ii) dar mayor flexibilidad y transparencia al sistema de subsidios habitacionales, generando una normativa unificada que regule todos los programas; iii) generar más movilidad social, con incentivos al esfuerzo de segmentos emergentes que vendan viviendas usadas y quieran comprar una de mayor valor; iv) contar con un sistema de subsidios centrado en la focalización y progresividad de los beneficios, permitiendo el acceso a la vivienda sin deuda a las familias más vulnerables y apoyando a quienes aspiren a viviendas de mayor valor, en cuyos casos el subsidio será relativamente menor; y v) dar una solución definitiva a situaciones críticas de habitabilidad, poniendo especial énfasis en los campamentos (Ministerio de Vivienda y Urbanismo, 2010b).

A partir de lo anterior se articula la oferta de subsidios que se organiza en función de los tipos de demandantes: grupos vulnerables, emergentes y medios.

Subsidios para grupos vulnerables: Fondo Solidario de Elección de Vivienda

Este subsidio, creado a partir del D.S. 49/2011 del MINVU, es el sucesor del Fondo Solidario de Vivienda (FSV). Está destinado a la atención de familias que optan por comprar una vivienda nueva o usada sin crédito hipotecario, sea en un área rural o urbana. Se trata de un subsidio dirigido a los denominados grupos vulnerables, los que se definen como "familias sin vivienda que viven en situación de vulnerabilidad social y cuyo puntaje de Carencia Habitacional en la Ficha de Protección Social (FPS) sea igual o menor a 8.500 puntos"[36].

Las principales diferencias con su antecesor son que i) la selección de los postulantes se realiza en función de su situación de vulnerabilidad y carencia habitacional; ii) la postulación se puede realizar en forma individual o grupal.

En términos monetarios este subsidio tiene un aporte base de 380 UF, el que en las zonas extremas asciende a 590 UF. Además, se puede complementar con subsidios de localización para zonas urbanas (entre 110 y 200 UF) o factibilización en áreas rurales (hasta 110 UF), premio a la capacidad de ahorro de la familia (hasta 20 UF), construcción en altura para edificios de tres pisos o más (hasta 110 UF), tamaño del grupo familiar (70 UF) e integración de un familiar con discapacidad (entre 20 y 80 UF).

Subsidios para sectores emergentes (Título I) y medios (Título II)

Este subsidio se rige por el D.S. 01/2011 del MINVU y se encuentra orientado a personas con capacidad de ahorro y que puedan complementar el financiamiento con un crédito hipotecario. En el caso de los sectores emergentes, el financiamiento se otorga para la compra o construcción de una vivienda cuyo valor no exceda las 1.000 UF, mientras que para la clase media dicho valor asciende a 2.000 UF. Las viviendas pueden estar ubicadas en áreas urbanas o rurales y deben ser para el uso habitacional del beneficiario.

La particularidad de este subsidio es que aumenta en la medida en que el precio de la vivienda es menor, llegando a 500 UF para sectores emergentes y 400 UF para los sectores medios. En ambos casos existen diferencias regionales, en particular para las regiones extremas y los territorios insulares, lo que puede incrementar el tope del subsidio entre 100 y 200 UF.

Además, lo anterior también puede ser complementado con los siguientes subsidios: ubicación en zonas de renovación urbana o desarrollo prioritario (entre 200 y 400 UF), localización en zonas de conservación histórica (hasta 300 UF), inclusión de un familiar con discapacidad (hasta 20 UF) y participación de un proyecto de integración social (hasta 100 UF).

Para la postulación a estos aportes estatales las personas deben acreditar el ahorro mínimo requerido (30 UF para los sectores emergentes y 50 UF para los sectores medios) y tener el puntaje requerido en la Ficha de Protección

35 Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Decreto 1, publicado el 6 de junio de 2011, art. 1.

36 Descripción del programa en la página web de MINVU.

5

CUADRO 1: COMPARACIÓN DE METAS HABITACIONALES MINVU 2011-2012

AÑO	FONDO SOLIDARIO DE VIVIENDA (DS 174/2005)		FONDO SOLIDARIO DE ELECCIÓN DE VIVIENDA (DS 49/2011)		SECTORES EMERGENTES (D.S.1 TÍTULO I)		SECTORES MEDIOS (D.S. 1 TÍTULO II)		TOTAL SUBSIDIOS PARA PROVEER VIVIENDAS	
	Unid	Total UF	Unid	Total UF	Unid	Total UF	Unid	Total UF	Unid	Total UF
2011	19.170	10.183.801	-	-	15.740	5.823.800	11.928	2.147.040	46.838	18.154.641
2012	881	511.347	30.812	17.665.403	22.257	8.235.106	16.685	2.669.600	70.635	29.081.456
						Incremento porcentual			51%	60%

Fuente: Elaboración propia a partir de Circulares MINVU N°18/2012 y N°004/2011.

Social (13.484 puntos, aplicable sólo para el subsidio Título I). En tanto, para la adjudicación se recibe bonificación por el tamaño del grupo familiar, la antigüedad de la postulación, el monto del ahorro y la caracterización socioeconómica.

De acuerdo con las metas del MINVU, este año el Estado adjudicaría un total de 70.635 subsidios habitacionales regulares[37] equivalente a 29.081.456 UF, lo que constituye un 60% más que el presupuesto 2011[38].

Respecto a los requisitos para acceder a los distintos subsidios de la política habitacional, ellos no contemplan ninguna focalización ni medida especial temporal para las mujeres. Es importante recordar que el acceso de las mujeres a una vivienda adecuada ha sido materia de preocupación para los organismos internacionales de derechos humanos. Al respecto, la actual Relatora Especial para la Vivienda Adecuada indicó en su informe 2011 que "[a]unque el hogar debería ser un lugar de seguridad, dignidad, paz e igualdad, para millones de mujeres de todo el mundo el derecho a una vivienda adecuada no se ha cumplido ni realizado"[39].

A partir de la revisión de la institucionalidad y las políticas públicas habitacionales que el Estado desarrolla en la actualidad, es posible identificar dos obstáculos en relación con los estándares internacionales en materia de vivienda adecuada: el rol subsidiario del Estado y la situación de endeudamiento de las familias.

Rol subsidiario del Estado: la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales implica, entre otras cosas, que los Estados adecuen sus instrumentos legales internos para reconocer el derecho a la vivienda adecuada en forma explícita, asumiendo la obligación de asegurar la dignidad básica de las personas, lo cual no supone ser propietario de una vivienda, sino que tener la garantía de contar con el apoyo solidario de la sociedad para habitar adecuadamente.

Por su parte, en el modelo subsidiario actual, la vivienda no se considera como un derecho, sino que en términos de una mercancía cuya calidad depende de los recursos financieros involucrados. Esto se vincula a la definición de la vivienda que subsidia el Estado: de bajo costo, con mínimo estándar material y que se emplaza en un suelo posible de pagar, lo que no guarda relación con la conceptualización de Naciones Unidas y los atributos de la vivienda adecuada. El informe presentado por Chile ante el Comité DESC en 2012 reafirma la centralidad que la materialidad (en el sentido del acceso a una vivienda como un "techo") tiene en la vivienda subsidiada por el Estado, al indicar que "[l]a producción habitacional posibilitada por los programas directos y subsidios del MINVU, constituye un componente central de la evolución descrita en el párrafo anterior [de disminución del déficit habitacional]. Entre 1990 y 2008, sumando las obras terminadas de vivienda, del Servicio de Vivienda y Urbanización (SERVIU) "viviendas Básicas y Progresivas"y los subsidios otorgados, la producción habitacional con

37 No incluye los aportes enmarcados en el programa de reconstrucción posterremoto.

38 Dado que aún se están desarrollando llamados a postulación, es imposible estimar la implementación efectiva.

39 Asamblea General de Naciones Unidas. Informe de la Relatora Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sra. Raquel Rolnik. Presentado el 26 de diciembre de 2011. A/HRC/19/53, párr. 7.

apoyo estatal alcanzó la cifra de 1.444.793 viviendas"[40]. Es necesario precisar que la adopción de un modelo subsidiario de provisión de vivienda no es problemática en sí misma, en la medida en que la regulación y el control del Estado logren garantizar que las entidades privadas cumplan con lo señalado en los estándares internacionales en la materia, produciendo viviendas adecuadas.

A lo anterior se suma el escaso control de la especulación inmobiliaria, que por tratarse de un mercado poco regulado permite la subutilización del suelo urbano y la existencia de terrenos baldíos "en engorde"[41], a la espera que eventualmente sean urbanizables[42]. Al respecto, una debilidad persistente en la política habitacional es la precariedad de sus mecanismos para gestionar el suelo desde su función social, aspecto que redunda en la localización de viviendas sociales en terrenos periféricos de bajo valor, mala accesibilidad y limitado acceso a servicios[43].

Como corolario, la normativa sectorial y las políticas públicas implementadas por el Estado conceptualizan la vivienda como un bien que se obtiene producto del ahorro familiar y del beneficio que el Estado subsidiario les otorga a las familias como premio a su esfuerzo. Sobre este punto, es necesario aclarar que si bien los estándares internacionales no prohíben la contraprestación, enfatizan la obligación del Estado de "adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso"[44].

El endeudamiento de las familias: Otro problema asociado al modelo actual de provisión de vivienda social es la carga económica que para las familias de escasos recursos supone el pago de dividendos, parte esencial del modelo de financiamiento compartido de viviendas sociales con participación de la banca implementado en Chile. Esto ha llevado a que las personas no sólo sean propietarias, sino también deudoras habitacionales, situación que para cerca de 500 mil familias en la actualidad trae aparejado el riesgo de remate de sus propiedades, pues la normativa no impide el desalojo de quienes dejen de pagar sus obligaciones[45].

Un estudio desarrollado en 2010 sobre el endeudamiento en la política habitacional chilena refuerza la idea anterior. Al respecto, se señala que "[l]os programas del MINVU han producido un endeudamiento problemático entre los sectores populares. De hecho, el endeudamiento, que es relativamente despreciable [en relación] al ingreso de un trabajador medio del sector formal, se vuelve objeto de inestabilidad y vulnerabilidad para los sectores formados en su mayoría de trabajadores del sector informal. La precariedad y la inestabilidad de sus medios a veces vuelven difícil el pago de mensualidades", sobre todo cuando las cuotas constituyen "entre 40% y 60% de sus ingresos mensuales en hipoteca"(Casgrain, 2010, pág. 169).

Al respecto, el Poder Ejecutivo decretó en abril de 2012 la entrega de beneficios para deudores habitacionales pertenecientes a los quintiles I y II, consistentes en la rebaja de hasta el 60% de dividendos así como la posibilidad de obtener una condonación completa de la deuda para las personas que se encuentren en una situación de extrema vulnerabilidad producto de enfermedades, discapacidad u otras circunstancias[46].

La situación de los deudores habitacionales de escasos recursos, sumada a la falta de una legislación que proteja adecuadamente frente al desalojo es materia de preocupación para el INDH, pues se incumple el atributo de "gastos soportables" del derecho a la vivienda adecuada. Sin embargo, la ausencia de información actualizada disponible sobre el universo de deudores habitacionales y sus características impide evaluar los hallazgos mencionados anteriormente con la situación en 2012 de este segmento de la población.

Sobre estos obstáculos, el último informe presentado a Naciones Unidas por la actual Relatora Especial sobre

40 Chile. Cuarto Informe periódico de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 134.

41 En espera a que aumente su precio.

42 Para más información consultar el texto de Arditi, Carrasco, Jirón & Sepúlveda (2003).

43 Para más información consultar las siguientes referencias bibliográficas: Rodríguez & Sugranyes (2005) y Ministerio de Vivienda y Urbanismo (2011b).

44 Comité DESC. Observación General Nº 4 El Derecho a Una Vivienda Adecuada. Establecida el 13 de diciembre de 1991. E/1991/23, párr. 8.c).

45 Dado que no se cuenta con cifras oficiales se utilizó la estimación de la organización ANDHA Chile Democrático, divulgada en la prensa este año: http://www.lanacion.cl/andha-chile-democratico-condonados-son-950-de-un-total-de-500-mil-deudores/noticias/2012-08-29/160334.html

46 D.S. Nº 78 del MINVU, Publicado el 12 de abril de 2012.

Vivienda Adecuada señala que "[l]a promoción del acceso a una vivienda adecuada no puede basarse exclusivamente en mecanismos financieros. Debe haber políticas e intervenciones estatales más amplias, como inversiones públicas en infraestructura y servicios básicos, mejora y rehabilitación de asentamientos humanos, políticas de planificación urbana y de la tierra, financiación pública, suministro de tierras y viviendas, regulación de los alquileres y marcos jurídicos e institucionales conexos"[47].

IMPACTO DEL TERREMOTO 27/F EN EL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA

El terremoto del 27 de febrero de 2010 no solo fue una de las catástrofes de mayor intensidad en Chile[48], sino que además la más extendida territorialmente, ya que afectó a 50 ciudades y 900 pueblos de las regiones de Valparaíso, Metropolitana, del Libertador Bernardo O'Higgins, del Maule, del Biobío y de La Araucanía. A la intensidad y extensión del terremoto se le añade su larga duración –tres minutos– y el maremoto que le siguió, ya que con ello se incrementaron los daños y la pérdida de vidas humanas. De acuerdo con el informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados, presentado públicamente en septiembre de 2011, las viviendas dañadas alcanzarían un total de 370 mil.

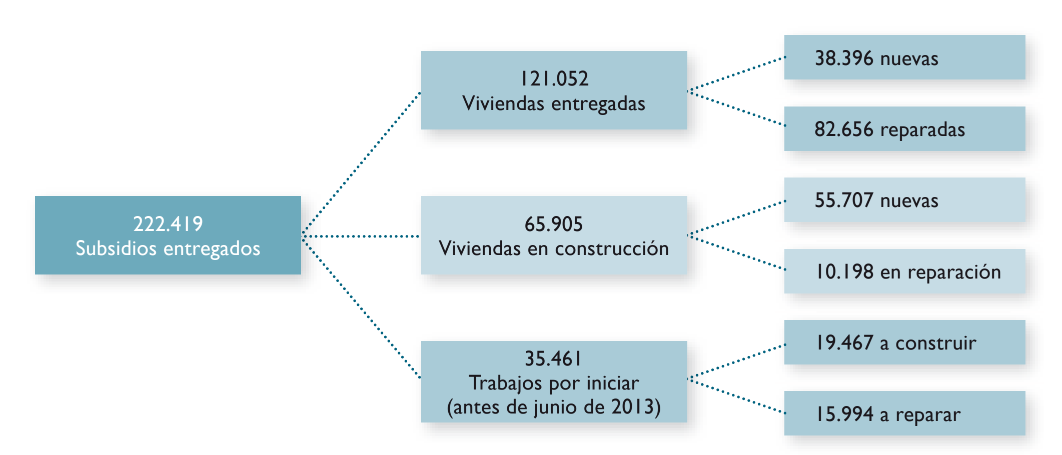
Para la atención de la primera fase de intervención, el Gobierno creó un Comité de Emergencia y otro de Reconstrucción, los cuales estuvieron trabajando por cuatro meses. Mientras el Comité de Emergencia asumió tareas de logística y atención de urgencias de la población en áreas de salud y abastecimiento de alimentación, entre otros, el Comité de Reconstrucción se hizo cargo de la evaluación y catastro de los daños junto con colaborar en la priorización de obras, particularmente en lo referido a infraestructura y conectividad. A cuatro meses de la catástrofe, en julio de 2010, las tareas asumidas por ambos comités fueron transferidas a los distintos ministerios involucrados en el proceso de reconstrucción. Aquí, el MINVU asumió la tarea de implementar un Programa de Reconstrucción de Vivienda (PRV) con un encargado nacional, denominado "Chile Unido Reconstruye Mejor", que se basó en la entrega de subsidios a todas las personas afectadas que corresponden a los quintiles que atiende el Ministerio a través de subsidios.

Así, el número de viviendas a reconstruir o reparar se fijó en 220 mil, de los cuales 75 mil corresponden a construcción en sitios propios (Ministerio de Vivienda y Urbanismo, 2011; Ministerio de Planificación, 2011). De acuerdo con el Informe sobre Entrega de Soluciones Habitacionales, al 30 de septiembre de 2012 se han asignado un total de 222.418 subsidios, alcanzando la meta proyectada. De estos subsidios, el 49% corresponde a reparación de viviendas (PPPF) y 51% para la construcción de viviendas nuevas o la adquisición de alguna ofertada en el mercado (subsidios FSV I y II, DS 40, DS 01, Construcción en Sitio Propio y Autoconstrucción Asistida). El informe agrega que a la fecha hay 121.052 obras terminadas, de las cuales un 32% corresponde a viviendas nuevas y 68% a reparaciones (Ministerio de Vivienda y Urbanismo, 2012b). A continuación se muestra un diagrama con el estado de avance del proceso de reconstrucción en materia de vivienda.

47 Asamblea General. Informe de la Relatora Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sra. Raquel Rolnik. Presentado el 10 de agosto de 2012. A/67/286, párr. 71 a).

48 Las estadísticas indican que es el quinto terremoto de mayor intensidad que se tenga registro a nivel mundial, 8,8 grados en la escala Richter.

CUADRO 2: RECONSTRUCCIÓN HABITACIONAL A NIVEL NACIONAL, AL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2012



Fuente: Elaboración propia a partir de cifras publicadas en MINVU (2012b).

CUADRO 3: RECONSTRUCCIÓN HABITACIONAL A NIVEL REGIONAL, AL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2012

REGIÓN	ENTREGADAS	EN OBRA	POR INICIAR	TOTAL	% DE AVANCE (SÓLO ENTREGADAS)
Valparaíso	10.562	2.677	981	14.220	74,28
Metropolitana	23.324	7.094	3.025	33.443	69,74
O'Higgins	10.325	10.621	6.166	27.112	38,08
Maule	26.960	17.412	5.590	49.962	53,96
Biobío	46.131	27.245	19.643	93.019	49,59
Araucanía	3.750	856	56	4.662	80,44

Fuente: Elaboración propia a partir de cifras publicadas en MINVU (2012b).

Al desglosar el estado de avance del proceso de reconstrucción por región se observa que las más avanzadas son Araucanía y Valparaíso, mientras que O'Higgins y Biobío aún no alcanzan el 50% de avance.

Tras recorrer las zonas afectadas y reunirse con actores sociales, académicos y autoridades, la Relatora para la Vivienda Adecuada Raquel Rolnik manifestó que "muchas de las soluciones propuestas violan el derecho a la vivienda adecuada de la gente, por ser soluciones de bajísima calidad, por estar ubicadas en periferias sin oportunidades de educación, trabajo y otros aspectos" (Rolnik, 2012). Esto supone un importante desafío para las etapas que restan del proceso de reconstrucción.

La primera parte del estudio realizado en 2011 por el INDH sobre el proceso de reconstrucción posterremoto releva dificultades en relación a la respuesta estatal en materia de vivienda. La primera de ellas tiene relación con el cierre de la etapa de emergencia y la tardanza en el inicio del proceso de reconstrucción, lo que sumado al largo período transcurrido entre el otorgamiento del subsidio y el inicio de las obras generó mucha incertidumbre entre las personas afectadas. Un segundo ámbito de preocupación es la presión que ha ejercido el mercado inmobiliario en la definición de la oferta de viviendas en función de los subsidios disponibles y no de los intereses de las personas damnificadas. Un ejemplo de ello es el desplazamiento de personas y familias hacia los cerros o la periferia de las ciudades producto del aumento del valor de los terrenos o sitios céntricos que ocupaban antes del desastre, así como del interés por estos para proyectos inmobiliarios. Esto se liga con la necesidad de dar espacios de participación a las

personas damnificadas, de modo que puedan tomar decisiones sobre el diseño y localización de su nueva vivienda. Al respecto, también es relevante la fiscalización a la gestión de las empresas constructoras de viviendas definitivas, de modo que cumplan con los compromisos adquiridos. Por último, es necesario asegurar que el mecanismo de asignación de beneficios se desarrolle sin discriminación, sobre todo hacia personas que viven solas (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012).

El MINVU no ha recurrido a mecanismos especiales para la atención de la catástrofe, sino que ha utilizado los existentes. En este aspecto se basa una de las críticas que académicos y organizaciones no gubernamentales realizan al proceso de reconstrucción: dada la magnitud de la catástrofe, el MINVU debiera haber utilizado sus facultades y atribuciones para intervenir de manera más ágil, evitando las demoras o dificultades derivadas de la rigidez del sistema burocrático. A esto se añade que las personas damnificadas se han visto enfrentadas a actuar como postulantes de subsidios, desconociendo los procedimientos para ello y sin recibir información suficiente para la realización de trámites (Movimiento Nacional por la Reconstrucción Justa, 2011).

BIBLIOGRAFÍA

ACNUDH y ONU-Hábitat. (2010). *Folleto informativo Nº21/Rev.1. El derecho a la vivienda adecuada.* Ginebra.

Arditi, C., Carrasco, G., Jirón, P., & Sepúlveda, R. (2003). *Gestión de suelo urbano y su impacto en la gestión habitacional.* Recuperado el 2 de noviembre de 2012, de INVI: http://mazinger.sisib.uchile.cl/repositorio/lb/instituto_de_la_vivienda/a20045181012gestiondesuelo.pdf

ATISBA. (noviembre de 2010). *Reporte Estudio Guetos en Chile.* Recuperado el 18 de octubre de 2012, de Atisba: http://atisba.cl/wp-content/uploads/2011/06/Reporte_Guetos_en_Chile2010.pdf

Cámara Chilena de la Construcción. (2011). *Balance de la vivienda en Chile.* Recuperado el 17 de octubre de 2012, de http://www.cchc.cl/wp-content/uploads/2011/10/Balance-de-la-Vivienda-en-Chile-2011.pdf

Cámara Chilena de la Construcción. (mayo de 2012). *Disponibilidad de suelo en el Gran Santiago.* Recuperado el 9 de octubre de 2012, de http://www.cchc.cl/wp-content/uploads/2012/06/DISPONIBILIDAD-SUELO-GS-junio-2012-final.pdf

Casgrain, A. (2010). *La apuesta del endeudamiento en la política habitacional chilena.* Recuperado el 2 de noviembre de 2012, de INVI: http://revistainvi.uchile.cl/index.php/INVI/article/view/497/495

Charpentier, D. (25 de febrero de 2010). *Vecinos de San Pedro de la Paz cortan tránsito porque sus casas no fueron reparadas por Serviu y se acercan lluvias.* Obtenido de http://www.biobiochile.cl/2010/02/25/familias-de-san-pedro-de-la-paz-cortan-en-transito-porque-sus-viviendas-no-fueron-reparadas-por-serviu-y-se-acerca-temporada-de-lluvias.shtml

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2007). *Tugurios, migración y objetivos de desarrollo del Milenio.* Recuperado el 2 de noviembre de 2012, de CEPAL: http://www.eclac.org/publicaciones/xml/5/29675/lcl2654-p.pdf

Ducci, M. E. (2000). The dark side of Chile's housing policy. En J. Tulchin, & A. Garland, *Social development in Latin America: the politics of reform* (págs. 149-174). Boulder (CO): Lynne Rienner Publishers.

Emol. (24 de octubre de 2012a). *Casas Copeva: Serviu deberá pagar casi $ 3 millones a vecinos por daños en viviendas.* Obtenido de http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/10/24/566211/serviu-debera-pagar-casi-3-millones-por-danos-sufridos-por-las-casas-copeva.html

Emol. (9 de octubre de 2012b). *Piñera y Pérez Mackenna lanzan programa para recuperar y demoler condominios sociales.* Obtenido de http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/10/09/563865/pinera-y-perez-mackenna-lanzan-programa-para-recuperar-y-demoler-condominios-sociales.html

Hidalgo, R. (2004). *La vivienda social en Chile y la construcción del espacio urbano en el Santiago del siglo XX.* Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile y Centro de Investigaciones Barros Arana.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2012). *"27 F": Estudio sobre la Reconstrucción Post Terremoto desde una Perspectiva de Derechos Humanos.* Recuperado el 17 de octubre de 2012, de http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/52/informe-reconstruccion-indh.pdf?sequence=1

Jara, A. (10 de junio de 2011). *Vecinos de villa de Puente Alto exigen erradicación por altos índices de gas en la zona.* Obtenido de http://www.biobiochile.cl/2011/06/10/vecinos-de-villa-estaciones-ferroviarias-de-exigen-erradicacion-por-altos-indices-de-gas-en-la-zona.shtml

Jirón, P., & Cortés, A. (2004). *Análisis de la Política Habitacional Chilena y sus futuras orientaciones.* Santiago: Instituto de la Vivienda, Universidad de Chile.

Loo, M. (2009). La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIII,* 341-426.

Ministerio de Bienes Nacionales. (junio de 2011). *Chile: superficie territorio fiscal.* Recuperado el 12 de noviembre de 2012, de http://www.bienesnacionales.cl/wp-content/uploads/2011/12/ChileSuperficie-Territorio-Fiscal-Jun-2011.pdf

Ministerio de Planificación. (2011). *Informe de Política Social 2011.* Recuperado el 17 de octubre de 2012, de Centro de Información: http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/ipos/pdf/ipos_2011.pdf

Ministerio de Vivienda y Urbanismo. (2004). *Chile. Un siglo de políticas en vivienda y barrio.* Santiago: Pehuén Editores.

Ministerio de Vivienda y Urbanismo. (diciembre de 2010a). *Modificaciones a la Política Habitacional.* Recuperado el 17 de octubre de 2012, de MINVU: http://www.minvu.cl/incjs/download.aspx?glb_cod_nodo=20070322110841&hdd_nom_archivo=2010_12_15%20-%20PPT%20Modificaciones%20Politica%20Habitacional%20-%20estat.pdf

Ministerio de Vivienda y Urbanismo. (diciembre de 2010b). *Preguntas y respuestas sobre la política habitacional.* Recuperado el 17 de octubre de 2012, de MINVU: http://www.minvu.cl/incjs/download.aspx?glb_cod_nodo=20070322110841&hdd_nom_archivo=2010_12_13%20-%20Preguntas%20y%20Respuestas%20sobre%20la%20Pol%C3%ADtica%20Habiacional.pdf

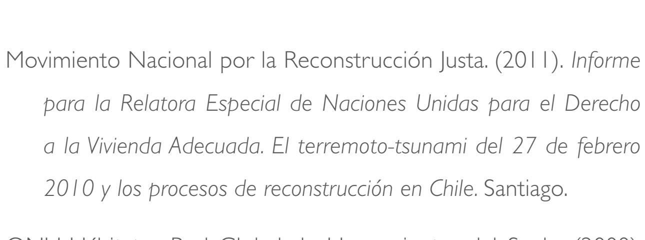
Ministerio de Vivienda y Urbanismo. (enero de 2011a). *Plan de Reconstrucción MINVU. Chile unido reconstruye mejor. Cuarta edición.* Recuperado el 17 de octubre de 2012, de MINVU: http://minvu.cl/incjs/download.aspx?glb_cod_nodo=20111122105648&hdd_nom_archivo=Plan%20de%20Reconstrucci%C3%B3n.pdf

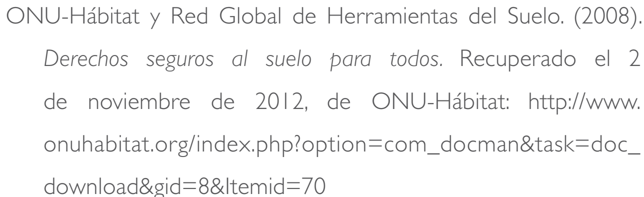
Ministerio de Vivienda y Urbanismo. (5 de diciembre de 2011b). *Cuenta pública 2011. Dime dónde vives y te diré quién eres.* Recuperado el 2 de noviembre de 2012, de MINVU: http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=cuenta%20p%C3%BAblica%20minvu%202011&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCMQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.minvu.cl%2Fincjs%2Fdownload.aspx%3Fglb_cod_nodo%3D20110816155520%26hdd_nom_archivo%3DCuentas%2520Publica%2520MINVU%2520-%

Ministerio de Vivienda y Urbanismo. (2012a). *Plan Integral de Rehabilitación Urbana Bajos de Mena 2012-2014.* Recuperado el 17 de octubre de 2012, de http://issuu.com/gobiernodechile/docs/plan_reconversi_n_urbana_bajos_de_mena

Ministerio de Vivienda y Urbanismo. (2012b). *Avance en la entrega de soluciones habitacionales. Programa de Reconstrucción en vivienda. Informe 30 de septiembre 2012.* Recuperado el 17 de octubre de 2012, de MINVU: http://minvu.cl/incjs/download.aspx?glb_cod_nodo=20111122104351&hdd_nom_archivo=Informe%20de%20Avance%20de%20Reconstruccion%20Septiembre'12.pdf




Movimiento Nacional por la Reconstrucción Justa. (2011). *Informe para la Relatora Especial de Naciones Unidas para el Derecho a la Vivienda Adecuada. El terremoto-tsunami del 27 de febrero 2010 y los procesos de reconstrucción en Chile.* Santiago.


ONU-Hábitat y Red Global de Herramientas del Suelo. (2008). *Derechos seguros al suelo para todos.* Recuperado el 2 de noviembre de 2012, de ONU-Hábitat: http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=8&Itemid=70

Rodríguez, A., & Sugranyes, A. (Edits.). (2005). *Los con techo. Un desafío para la política de vivienda social.* Recuperado el 2 de noviembre de 2012, de SUR: http://www.sitiosur.cl/r.php?id=81

Rolnik, R. (3 de mayo de 2012). *Entrevista de Patricio López a Raquel Rolnik.* Recuperado el 17 de octubre de 2012, de Radio Universidad de Chile: http://radio.uchile.cl/wp-content/uploads/2012/05/Sem%C3%A1foro-Web-03-05-012.mp3

Sabatini, F., Cáceres, G., & Cerda, J. (2001). Segregación residencial en las principales ciudades chilenas: Tendencias de las tres últimas décadas y posibles cursos de acción. *EURE: Revista Latinoamericana de Estudios Urbanos y Regionales, 27*(82), 21-42.

Sepúlveda, R., Larenas, J., Prado, V., Prat, B., & Álvarez, J. (noviembre de 2009). Bicentenario: Oportunidad de repensar las políticas urbano-habitacionales en Chile. *INVI, 24*(67), 21-67.

Zapata, I., Galleguillos, X., & Wehrhahn, R. (2009). *Espacio e imagen en la gestión de transformación urbana: Barrio Bajos de Mena, Santiago de Chile.* Recuperado el 17 de octubre de 2012, de http://upcommons.upc.edu/revistes/bitstream/2099/11927/1/04_PROCEEDINGS_M4_12_0029.pdf

Violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos en el período 1973-1990



1. Derecho a la verdad y la memoria
2. Derecho a la justicia
3. Derecho a la reparación e indemnización

1

VIOLACIONES MASIVAS, SISTEMÁTICAS E INSTITUCIONALIZADAS A LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PERÍODO 1973-1990



Fotografía: Enrique Cerda

VIOLACIONES MASIVAS, SISTEMÁTICAS E INSTITUCIONALIZADAS A LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PERÍODO 1973-1990

ANTECEDENTES

La construcción de la convivencia democrática en una sociedad que fue víctima de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos plantea el desafío de encarar el legado del pasado y las expectativas de justicia y reparación por el daño ocasionado. Superar la herencia de las violaciones masivas y sistemáticas exige la acción coordinada del Estado en orden a garantizar la verdad, la justicia y la reparación. Ello debe ser concebido y asumido no sólo como un imperativo normativo, sino como una genuina expresión de voluntad social de repudio a estos crímenes y como fundamento sin el cual no es posible, en forma efectiva, asegurar que en el futuro no se vuelvan a repetir.

El próximo año se recuerdan 40 años del golpe de Estado, momento propicio para reflexionar como sociedad en torno a los desafíos que se abren en relación con el impacto que el transcurso del tiempo tiene sobre las víctimas, sus familiares y la sociedad en su conjunto, y cómo ello afecta las obligaciones que el Estado tiene en estas materias. Nuevos actores y generaciones, aquellas que no fueron testigos de los hechos que impusieron una política de desprecio por la vida, la libertad y la convivencia democrática, se suman al debate acerca de la justicia, el rol de la memoria y la verdad, y las políticas de reparación. En este marco, un desafío permanente es el de renovar día a día la vigencia del consenso acerca del valor de la dignidad humana.

Durante el transcurso de 2012 estos temas han formado parte del debate nacional, como constatación de que ellos no son solamente asuntos del pasado, sino que conviven con nuestro presente y permean la construcción del futuro. Los homenajes a favor de quienes envilecieron la acción del Estado ponen en tensión los relatos sobre el pasado en el proceso de reconstrucción de la convivencia democrática y fomentan el debate sobre el rol de la verdad y la memoria en el presente.

Durante este año también se llevó a cabo la visita del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (GTDFI)[1], el que se entrevistó con diversos actores, entre ellos, el INDH. En las observaciones preliminares posteriores a su visita, este órgano de Naciones Unidas valoró la acción de la justicia en términos de señalar que "Chile es quizás el país con la más completa respuesta judicial respecto a las graves violaciones a los derechos humanos […]" (GTDFI, 2012). No obstante, precisó su preocupación por la aplicación de normas que morigeran la responsabilidad criminal en términos de establecer sanciones no efectivas que se alejan de los estándares internacionales de derechos humanos, cuestión que ya había planteado el INDH en los Informes Anuales anteriores.

En este capítulo se analiza la situación del año en el ámbito del derecho a la verdad y la memoria histórica, así como en el campo del derecho a la justicia, en base a la jurisprudencia de la Corte Suprema y la tendencia que se advierte en los fallos dictados este año en orden a ajustar la decisión de los tribunales superiores a los estándares internacionales de derechos humanos. Al final se aborda también el análisis de algunas políticas de reparación tanto en su dimensión individual como colectiva.

1 El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias es un órgano de Naciones Unidas que nace por resolución Nº 20 (XXXVI) de 29 de febrero de 1980, de la Comisión de Derechos Humanos. Está integrado por cinco expertos/as independientes. Tiene por mandato actuar como canal de comunicación entre las familias y los Gobiernos con el fin de asegurar que los casos individuales sean investigados. Asimismo presta asistencia a los Estados para la aplicación de la Declaración de Naciones Unidas Sobre Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Visita Realizada del 13 al 21 de agosto de 2012.



DERECHO A LA VERDAD Y LA MEMORIA

1

La significación del pasado y el rol de la memoria histórica en la construcción de la democracia actual han estado presentes, en relación con varios hechos públicos.

A fines de 2011, el Consejo Nacional de Educación aprobó las Bases Curriculares para el curso de Sexto Básico donde se aborda el período 1973, cambiando el concepto de 'dictadura militar' por el de 'régimen militar'. Este cambio se propuso "comparar diferentes visiones sobre el quiebre de la democracia en Chile, el régimen militar y el proceso de recuperación de la democracia a fines del siglo XX, considerando los distintos actores, experiencias y puntos de vista" (Salazar, 2012). Este tema generó un debate público, y el Ministerio de Educación tuvo que enfrentar críticas de diversos sectores[2]. Producto de esta discusión, en las Bases Curriculares para el área de Historia, Geografía y Ciencias Sociales se mantuvo el término dictadura militar junto con el de régimen militar (Ministerio de Educación, 2012, pág. 29).

Otro hecho que abrió el debate fue el homenaje organizado por la Corporación por la Justicia, la Verdad Histórica y el Respeto por el Estado de Derecho en Chile, en noviembre de 2011, al Brigadier (R) del Ejército Miguel Krassnoff Martchenko, miembro de la Dirección Nacional de Inteligencia –DINA– y posteriormente de la Central Nacional de Informaciones –CNI–, actualmente condenado a una pena de 111 años de cárcel por su participación en crímenes de guerra y/o delitos de lesa humanidad[3], al que invitó Cristián Labbé, en su condición de alcalde de la comuna de Providencia[4]. El acto se realizó en el marco de la presentación de un libro biográfico del ex represor, en instalaciones del Club Providencia, recinto perteneciente a la Municipalidad. Pocos meses después, el 10 de junio de este año, la Corporación 11 de septiembre llevó a cabo un homenaje al ex dictador Augusto Pinochet en el Teatro Caupolicán de Santiago.

Ambos actos plantearon una discusión acerca de la negación de crímenes del pasado, los límites a la libertad de expresión, y el rol de la memoria y la verdad en relación con las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos. Si bien el homenaje a Krassnoff se realizó en un espacio municipal dependiente de un órgano del Estado y el homenaje a Pinochet tuvo lugar en un recinto privado, estos eventos tuvieron en común el reconocimiento a figuras que han violado los derechos humanos, lo que atenta contra la dignidad de las víctimas y ofende la memoria de los familiares, deudos y la sociedad en su conjunto.

En junio de este año, la controversia se volvió a abrir cuando el Premio Nacional de Historia, Sergio Villalobos, expresó que la labor de conservación, promoción y difusión del Museo de la Memoria y los Derechos Humanos era sesgada y parcial, al no ofrecer al público los antecedentes que explicarían las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura, afirmando que "es evidente que el "museo" de marras es parte de una propaganda de agrupaciones políticas que, ante el fracaso actual de sus acciones, busca imágenes y conceptos que afirmen la debilidad que les aqueja" (Villalobos, 2012) Sobre los dichos del historiador, la Directora de Bibliotecas, Archivos y Museos –Dibam–, Sra. Magdalena Krebs, sostuvo que "[l]a opción que tomó el museo en cuestión, de circunscribir su misión sólo a las violaciones a los DD.HH., sin proporcionar al visitante los antecedentes que las generaron, limita su función pedagógica", agregando que "[u]na visión incompleta de los hechos hace difícil la comprensión del mensaje y lo desvincula de la responsabilidad de cada uno de nosotros para con el sistema democrático. El Museo de la Memoria es una institución privada, pero fue construido con recursos estatales y cuenta con recursos asignados anualmente por la Ley de Presupuestos. Debiera, por tanto, cumplir con un rol social y contribuir a la armonía de la sociedad" (Krebs, 2012). Ante este debate, el Museo de la Memoria y los Derechos Humanos manifestó, a

2 La diputada Karla Rubilar criticó la medida señalando que "[l]as dictaduras son dictaduras en cualquier lugar del mundo, y la historia debe conocerse como corresponde". (La Tercera, 2012)

3 Gendarmería de Chile. Oficio Nº 0569 de 24 de septiembre de 2012.

4 A este respecto la Contraloría General de la República, a través del Dictamen Nº 15676 de 16 de marzo de 2012, sobre procedencia de la actuación del alcalde de Providencia en invitar a un acto de homenaje a una persona condenada en procesos por crímenes de lesa humanidad, señaló que: "[l]a actuación de la autoridad edilicia, en orden a invitar al referido evento invocando el cargo que ejerce y, por ende, la representación del respectivo municipio, ha excedido el marco jurídico vigente y ha importado la contravención a una prohibición expresa que le impone la preceptiva estatutaria […]".

través de su Directorio, que la tarea de la institución no es de carácter historiográfico ni jurídico y que "[s]u propósito no es entregar información acerca de las causas que condujeron a esas violaciones o contextualizarlas, ni, tampoco, formular imputaciones individuales de responsabilidad, sino promover la idea que, con prescindencia de las circunstancias, ese tipo de hechos no deben ocurrir nunca más en nuestro país" (Museo de la Memoria y los Derechos Humanos, 2012).

Los opiniones sostenidas por quienes cuestionaron la tarea del Museo de la Memoria, contrastan con las formuladas por el Presidente de la República, quien tras visitar las dependencias del Museo en abril de este año expresó "[q]ue en materia de Derechos Humanos hay cinco pilares. Primero la memoria. Hay que recordar, porque cuando uno se olvida, a veces comete los mismos errores. La verdad, la justicia y también la reparación en la medida de lo posible del daño causado. Y el quinto pilar es mirar hacia adelante y crear en Chile una cultura de tolerancia y de respeto a los Derechos Humanos, porque esa es la mejor manera de protegernos de cualquier intento, hoy día o en el futuro, de atentar contra los derechos de las personas o contra la dignidad de las personas […]" (Gobierno de Chile, 2012). En un largo proceso no exento de tensiones, el país ha logrado establecer ciertos consensos que están a la base de la reconstrucción de la convivencia democrática. Uno de ellos es que ningún contexto, por interpretable que este sea, justifica los crímenes de Estado y las violaciones a los derechos humanos[5]. A propósito de los actos públicos de homenaje a represores condenados, el INDH expresó que "[e]l Estado y sus funcionarios tienen la obligación de garantizar y respetar los derechos humanos, incluido el derecho a una reparación integral a las víctimas y familiares de los crímenes cometidos durante la dictadura. Dicha reparación incluye el derecho a acceder a la verdad de lo ocurrido y a que esta sea asumida por quienes hacen parte del Estado como autoridades públicas y funcionarios. En consecuencia, el patrocinio, la participación o cualquier otra forma de apoyo institucional en favor de homenajes a criminales condenados por violaciones a los derechos humanos vulnera manifiestamente los deberes de autoridades y funcionarios en materia de derechos humanos". Asimismo señaló en ese contexto su "preocupación porque sectores en la sociedad chilena directa o indirectamente avalen los crímenes que se cometieron como parte de una política sistemática y generalizada contra ciudadanos y ciudadanas. Este hecho revela la urgente necesidad de asumir como Estado una política decidida de educación en derechos humanos y conocimiento de la memoria histórica" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011b)

PROYECTO DE LEY QUE SANCIONA EL NEGACIONISMO

A propósito del homenaje a Krassnoff Martchenko, durante el transcurso del año se alentaron algunas iniciativas legislativas para sancionar el negacionismo. Este concepto es entendido como la acción de relativizar, revisar, mermar o tergiversar hechos históricos públicos y notorios –como el Holocausto–, y se ha dado en relación con crímenes de lesa humanidad en diferentes países del mundo. Las diversas formas de negación de crímenes de lesa humanidad constituyen una obstrucción a los procesos de establecimiento de la verdad y la preservación de la memoria histórica.

Las formas de negación pueden tener distintas expresiones, desde la negación absoluta de la ocurrencia de los hechos hasta su reinterpretación y renombramiento en otros términos, su justificación moral o su explicación en base a razones históricas. Todas estas manifestaciones tienen por objeto debilitar el reproche a las violaciones a los derechos humanos.

No existen estándares vinculantes en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos que se orienten específicamente a castigar penalmente el negacionismo. Por el contrario, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que "[l]as leyes que penalizan la expresión de opiniones sobre hechos históricos son incompatibles con las obligaciones que el Pacto impone a los Estados Parte en lo tocante al respeto de las libertades de opinión y expresión. El Pacto no autoriza las prohibiciones penales de la expresión de opiniones erróneas o interpretaciones incorrectas de acontecimientos pasados"[6].

5 Encuesta Nacional Universidad Diego Portales. (2010) Tolerancia y Derechos Humanos. El 70,5% de los/as encuestados/as manifestó que "En 1973 no se justificaba violar los derechos humanos bajo ninguna circunstancia". (UDP, 2010).

6 Comité de Derechos Humanos. Observación General Nº 34. Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión. 12 de septiembre de 2011. CCPR/C/GC/34, párr. 49.

Sin embargo, en virtud de la obligación que recae en los Estados en orden a determinar las responsabilidades frente a esta clase de crímenes, es posible concluir el interés de la comunidad internacional en que los discursos del negacionismo no amparen ni obstruyan las investigaciones y el revelamiento de la verdad acerca de las violaciones a los derechos humanos y, en especial, de los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Algunos países que han sufrido violaciones sistemáticas a los derechos humanos prohíben y sancionan penalmente el negacionismo[7]. En la legislación chilena no existen normas de estas características. Sin embargo, con motivo de homenajes a represores condenados por violaciones a los derechos humanos se han presentado dos proyectos de ley en el Congreso. El primero señala en su artículo único que "quienes públicamente nieguen, minimicen o condonen, intenten justificar o aprueben los crímenes de lesa humanidad o genocidios cometidos, particularmente, bajo el régimen militar que gobernó Chile entre los años 1973 y 1990, serán castigados con una pena de cárcel de seis a dos años [sic]"[8].

El segundo proyecto de ley propone establecer sanciones a las personas que rindan homenajes a personas condenadas por delitos de lesa humanidad, prohibiendo "cualquier tipo de honores, tributos u homenajes a personas, vivas o fallecidas, que hubieran sido condenadas por delitos de lesa humanidad", agregando que quienes convoquen o patrocinen este tipo de actos serán castigados con presidio menor en su grado mínimo (61 días a 541 días)[9]. Asimismo, la moción propone que quien patrocine o financie con fondos públicos estos homenajes incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años) como también la pena de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio.

A propósito de la primera de estas iniciativas, en enero de este año el INDH expresó en la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados el repudio a este tipo de homenajes, y precisó que el uso de la herramienta penal debiera ser subsidiaria y que cada vez que un proyecto propone la utilización del instrumento punitivo debe plantearse la pregunta sobre si existe otra forma menos lesiva de los derechos fundamentales para sancionar conductas que se estima deben ser objeto de reproche[10]. En este sentido, el INDH señaló que el instrumento más eficaz para enfrentar las acciones y discursos que lesionan la dignidad del ser humano y ofenden a las víctimas y la sociedad es el reforzamiento de las políticas públicas que promuevan una cultura de respeto a los derechos humanos. En todo caso enfatizó que siendo el Estado el obligado a respetar y garantizar los derechos humanos y habiendo reconocido el involucramiento de agentes a su servicio en las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos durante la dictadura, debe considerarse la posibilidad de prohibir y sancionar administrativamente a aquellos funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones expresen y/o comprometan bienes públicos en actos de negación o de homenaje respecto de hechos en los cuales el Estado ha asumido su responsabilidad.

OBRAS DE REPARACIÓN SIMBÓLICA: MEMORIALES Y MUSEO DE LA MEMORIA Y LOS DERECHOS HUMANOS

En el campo de los derechos humanos, los conceptos de verdad y memoria están relacionados entre sí, y se inscriben en un proceso más amplio de búsqueda de justicia frente a las violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los

7 En Alemania, el apartado 130 del Código Penal, sobre amotinamiento del pueblo sanciona la negación del Holocausto en los siguientes términos: "Quien publicite o en una reunión apruebe, deniegue o plantee como inofensivo un acto cometido bajo las reglas del Nacional Socialismo del tipo indicado en la Sección 220ª, subsección, de una forma capaz de alterar la paz social, deberá ser penado con prisión por hasta 5 años o una multa". En Francia la denominada "Ley Gayssot" establece en su artículo 24 bis que "se castigará con las penas previstas en el apartado sexto del artículo 24 a quienes nieguen, por los medios enunciados en el artículo 23, la existencia de uno o varios crímenes contra la humanidad tal como los define el artículo 6 del estatuto del tribunal militar internacional anexo al acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 y que hayan sido cometidos bien por miembros de una organización declarada criminal en aplicación del artículo 9 del citado estatuto, bien por una persona declarada culpable de tales crímenes por una jurisdicción francesa o internacional […]". En el marco del sistema europeo de derechos humanos, cabe destacar la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal.

8 Boletín 8049-17 de 21 de noviembre de 2011.La moción se encuentra al cierre del presente Informe en primer trámite constitucional en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados.

9 Boletín 8.080 – 07 de 12 de diciembre de 2012. La moción se encuentra en primer trámite constitucional en la Comisión de Defensa y comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado de la Republica.

10 Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía. Cámara de Diputados. Sesión de 4 de enero de 2012. Boletín 8049-17.

derechos humanos. Al Estado le corresponde garantizar que los crímenes ocurridos no se repitan, a través de promover la memoria histórica que contemple acciones destinadas al resguardo del patrimonio histórico y políticas de reparación, incluidas formas colectivas y simbólicas, reforzando el compromiso con el respeto a la dignidad del ser humano[11].

Las políticas públicas de memoria tienen por finalidad sustraer del olvido aquellos hechos traumáticos para promover no sólo el recuerdo y la honra de las víctimas, sino instalar un mensaje de repudio a crímenes que lesionan la conciencia de la humanidad. Expresiones de estas políticas son la mantención y construcción de espacios públicos que, en diversos formatos como monumentos, memoriales, sitios de conciencia, museos y obras culturales, rememoran el pasado de violaciones a los derechos humanos.

El INDH ha señalado que, en el contexto de una reparación integral, la reparación simbólica busca reconocer a las víctimas en su dignidad, preservando la memoria de las violaciones ocurridas, a la vez que previniendo su no repetición en el futuro, constituyendo una expresión de este esfuerzo las políticas de memoriales, monumentos y sitios de memoria (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 264).

El Estado ha apoyado acciones de construcción y conservación de memoriales y sitios de memoria (Garretón, González, & Lauzán, 2011). En Chile, se registran 233 memoriales y sitios de memoria distribuidos a lo largo del país, que en la mayoría de los casos han sido iniciativas de organizaciones de la sociedad civil, fundamentalmente de familiares y víctimas[12]. Una de las iniciativas emblemáticas en este ámbito es el Museo de la Memoria y los Derechos Humanos. Dicha institución ha desarrollado acciones de promoción, difusión y conservación del patrimonio histórico asociado a las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos. A la fecha, el Museo reúne 788 colecciones que corresponden en su mayoría a fondos documentales en diversos soportes y formatos (cerca de 94.000 ítems) y a colecciones de objetos (1.400 objetos). Ellos han sido constituidos fundamentalmente mediante donaciones, "constituyéndose como un proceso de construcción colectiva de la memoria con el objeto de preservarla y ponerla a disposición del público"[13].

Entre septiembre de 2011 y julio de 2012, 199.549 personas han visitado el Museo, incluyendo las vistas a las muestras itinerantes en regiones[14]. Este ha cumplido un rol de promoción y conservación, y adicionalmente ha desempeñado un papel en el ámbito de la justicia, al proveer información a los tribunales de justicia que lo requieren. En este sentido, durante 2012, el Museo ha respondido mediante oficios, 164 requerimientos de diversos tribunales del país que llevan causas relacionadas con víctimas de la dictadura[15].

A estas iniciativas se suman otras acciones emprendidas por organizaciones de la sociedad civil, destinadas a recuperar y mantener espacios de memoria y sitios de conciencia. Son los casos, entre otros, de la Corporación Parque por la Paz Villa Grimaldi[16] ; Casa Memoria José Domingo Cañas[17],

11 Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de abril de 2005.

12 Programa de Derechos Humanos Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Oficio Nº 17157 de 12 de octubre de 2012. Se da cuenta de 81 memoriales; 35 monolitos; 29 calles; 22 placas conmemorativas; 20 recintos con el nombre de víctimas; 13 nominaciones, ejemplo orquestas, fundaciones y otras; 10 salas y auditorios; 5 mausoleos; 4 murales; 2 plazas; 7 esculturas; 4 nombres de villas o poblaciones; 1 monumento. De estas 233 obras, 45 fueron financiadas total o parcialmente por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, y el Presupuesto asignado al Programa de Derechos Humanos destinado a la construcción o reparación de memoriales para el período 2011-2012 asciende a 58.313.670 pesos.

13 Museo de la Memoria y los Derechos Humanos. Ordinario Nº 03/2012 de 12 de septiembre de 2012. De acuerdo a esta información dicho presupuesto es canalizado a través de la DIBAM y ascendió para el año 2012 a la cantidad de 1.448.340.000 pesos.

14 Ibídem.

15 Ibídem.

16 La Corporación Parque por la Paz Villa Grimaldi fue constituida el 13 de julio de 1996, como una entidad privada sin fines de lucro y que, por Decreto Exento Nº 170 del 17 de marzo de 2005 del Ministerio de Bienes Nacionales, es la encargada de gestionar y poner en valor el sitio patrimonial Parque por la Paz Villa Grimaldi, ex "Cuartel Terranova" (Corporación Parque por la Paz Villa Grimaldi).

17 La fundación José Domingo Cañas, entidad privada sin fines de lucro, creada el 30 de abril de 2009, tiene como objetivo promover el mantenimiento de la memoria colectiva respecto de los derechos humanos (Fundación 1367 José Domingo Cañas)

Londres 38, Casa de la Memoria[18], Casa de la memoria y museo de los Derechos Humanos de la ciudad de Valdivia[19].

BÚSQUEDA DE LA VERDAD EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR

Uno de los esfuerzos desarrollados por los Estados integrantes y asociados al Mercosur fue la creación en 2008 del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos con el objetivo de articular políticas regionales en materia de derechos humanos[20]. Durante el transcurso de este año dicho órgano presentó el documento "Principios para políticas públicas sobre sitios de memoria", instrumento destinado a preservar la memoria en relación a las graves violaciones cometidas por las dictaduras del Cono Sur, el que fue aprobado por la Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur y Estados asociados[21]. Este instrumento busca la promoción del desarrollo de políticas públicas que impulsen la construcción y profundización de la memoria en torno a los crímenes del pasado en el marco de las obligaciones de los Estados por garantizar los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral de las víctimas, sus familiares y la sociedad en su conjunto. Estos principios deben ser considerados por el Estado de Chile al momento de diseñar políticas públicas en esta materia, en su calidad de miembro asociado al Mercosur.

Una de las iniciativas importantes del año por su contribución al proceso de búsqueda de verdad y justicia en relación con la acción represiva de los organismos de seguridad de las dictaduras del Cono Sur (Plan Cóndor) es la que se acordó en el marco de las reuniones de representantes de derechos humanos y cancillerías de los Estados miembros y asociados a Mercosur. En efecto, el Plan Cóndor –que significó la desaparición, muerte y tortura de miles de nacionales de Argentina, Chile, Brasil, Uruguay y Paraguay– es objeto de investigación por parte de dicha instancia que, bajo el alero de la Comisión Permanente sobre Memoria, Verdad y Justicia, constituyó en marzo el Grupo Técnico para la obtención de datos, información y relevamiento de archivos de las Coordinaciones Represivas del Cono Sur y, en particular, de la Operación Cóndor[22]. Esta instancia, de la que participa el INDH (en calidad de invitado), se propone establecer canales de comunicación y coordinación entre los distintos países con el objeto de compartir información relevante en el desarrollo de las investigaciones y juicios que se tramitan por violaciones a los derechos humanos, especialmente en lo referido a las coordinaciones de los órganos de seguridad de las dictaduras militares del Cono Sur. Ello requiere "identificar archivos y elaborar (…) un índice general relativo a la información que sobre el tema hay en las Cancillerías y áreas de migraciones de los Gobiernos del Mercosur. Ello con el objetivo general de crear una herramienta de vinculación entre los países capaz de aportar a los procesos de verdad y justicia" (IIPPDH, pág. 5).

18 En julio de 2009 se constituye la organización comunitaria funcional denominada "Londres 38, Casa de la Memoria" para todos los fines relacionados con la gestión y administración de este sitio histórico ("Londres 38, Casa de la Memoria). El Estado, a través de la DIBAM, ha proporcionado desde 2009 apoyo financiero a algunas de estas iniciativas. De acuerdo a los datos recogidos en las páginas web de estas organizaciones se asignó para el caso del Parque por la Paz Villa Grimaldi para el año 2011 la suma de $ 147.838.000, las que se complementan con otros ingresos de agencias públicas llegando a un total de aporte estatal a la suma de $194.101.383. Londres 38 Casa de la Memoria, recibe como aporte estatal la suma de $ 193.381.000 para el año 2012.

19 La Corporación funciona en la propiedad situada en Vicente Pérez Rosales Nº 764, y fue entregada en concesión a la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos y Ejecutados Políticos de Valdivia, en ceremonia pública el 17 de marzo de 2010 por el Ministerio de Bienes Nacionales. El inmueble albergó desde 1976 a la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) y la Central Nacional de Informaciones (CNI).

20 Diez Estados del Mercosur, entre integrantes y asociados, acordaron crear esta instancia durante la XI Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos del MERCOSUR y Estados Asociados (RAADDHH), que se realizó el 26 y 27 de marzo de 2008 en la ciudad de Buenos Aires.

21 Documento ratificado por la XXII Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur, el 3 y 6 de septiembre de 2012 Porto Alegre.

22 Este grupo técnico fue constituido por dos representantes de cada Estado miembro y asociados. En el caso de Chile, los representantes designados por el Gobierno fueron la actual Secretaria Ejecutiva del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y el Jefe Jurídico de dicha repartición. El Grupo de trabajo se reunió el 12 y 13 de julio de 2012 en la ciudad de Buenos Aires y el 3 al 6 de septiembre de 2012 en la ciudad de Porto Alegre. En ambas citas, el INDH ha participado en calidad de invitado. La Corte IDH ha definido la Operación Cóndor en los siguientes términos: "[l]a llamada "Operación Cóndor", nombre clave que se dio a la alianza que unía a las fuerzas de seguridad y servicios de inteligencia de las dictaduras del Cono Sur en su lucha y represión contra personas designadas como "elementos subversivos". Las actividades desplegadas como parte de dicha Operación estaban básicamente coordinadas por los militares de los países involucrados. Dicha Operación sistematizó e hizo más efectiva la coordinación clandestina entre "fuerzas de seguridad y militares y servicios de inteligencia" de la región […]". Corte IDH Caso Gelman Vs Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 44.





DERECHO A LA JUSTICIA

El deber de investigar y sancionar crímenes de guerra y/o delitos de lesa humanidad ha sido reconocido como una norma imperativa de derecho internacional –*ius cogens*[23]–, que se consagra en diversos instrumentos internacionales[24]. Así, respecto de esta clase de crímenes, ni el transcurso del tiempo, ni disposiciones de derecho interno, extinguen la responsabilidad penal; es decir, a diferencia de los delitos comunes, no es aplicable ni la prescripción[25] ni la amnistía. La protección a la dignidad del ser humano frente a crímenes que impactan la conciencia de la humanidad reclama que, en todo tiempo y lugar, el Estado lleve a cabo los esfuerzos necesarios por investigar y sancionar con penas proporcionadas y adecuadas al daño ocasionado.

En relación al carácter imprescriptible de estos crímenes, la justicia chilena ha experimentado una evolución, transitando desde su desconocimiento y avalando con ello la impunidad, hacia grados crecientes de reconocimiento del principio de imprescriptibilidad. En 1998 la Corte Suprema declaró que los Convenios de Ginebra eran aplicables a ciertos crímenes de la dictadura y que de ello devenía la prohibición de auto exoneración[26]. Aun cuando dicha interpretación marcó un hito, en el sentido de iniciar una tendencia en orden a privar de eficacia al Decreto-Ley de Amnistía, ese mismo año la Corte Suprema dictó resoluciones que avalaban su aplicación[27]. Posteriormente, en 2004, en la sentencia dictada en el proceso por el secuestro calificado de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, la Corte Suprema decidió que por tratarse de un delito de carácter permanente no era procedente la aplicación de la amnistía y, citando su propia jurisprudencia en esta materia, señaló que "es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dichos tratados, lo que ciertamente de producirse, debilitaría el estado de derecho"[28]. A partir de 2006, en la sentencia recaída en una causa por víctimas ejecutadas políticas, el máximo tribunal reconoció la imprescriptibilidad ya no sólo de los crímenes de guerra, sino también de los crímenes de lesa humanidad, señalando que si bien la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad no se encuentra vigente en Chile, nada se opone al reconocimiento de este principio que forma parte del

23 Norma de *ius cogens,* según el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, es "[u]na norma imperativa de derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

24 La obligación de investigar y sancionar los crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad se fundamenta, entre otros instrumentos, en: el Estatuto del Tribunal de Nüremberg consecuencia del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945; los principios generales del Derecho Penal Internacional que aprueba la Asamblea General de Naciones Unidas en 1946 (Quincuagésima quinta reunión plenaria. Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946); la Convención de 1948 contra el Genocidio, los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949; la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, de 26 de noviembre de 1968, entre otros.

25 La prescripción es una forma de extinguir la responsabilidad penal de una persona, como consecuencia del transcurso del tiempo. Art. 93 Código Penal.

26 Corte Suprema. Rol Nº 469-98. 9 de septiembre de 1998. Caso por el secuestro de Pedro Poblete Córdoba (Julio 1974 Santiago, Operación Colombo) Considerandos Noveno y Décimo.

27 Desde el fallo dictado en el caso Poblete Córdoba, la Corte Suprema confirmó el cierre (sobreseimiento) dictado por la Corte Marcial en base al Decreto-Ley de Amnistía, entre otros procesos en los autos Rol Nº 293-97 de 16 de septiembre de 1998; Rol Nº 564-95 de 13 de octubre de 1998; Rol Nº 477-97, de 11 de noviembre de 1998.

28 Corte Suprema. Rol Nº 11.821-2003 de 5 de enero de 2004, párr. 51.

derecho consuetudinario[29]. Como se aprecia, desde 1998 la jurisprudencia del máximo tribunal ha asentado el criterio de no dar aplicación al Decreto-Ley de Amnistía y declarar imprescriptibles estos crímenes.

Este desarrollo fue matizado por la Corte Suprema a partir de 2007 al confirmar que las violaciones masivas y sistemáticas ocurridas en dictadura corresponden a delitos de lesa humanidad y/o crímenes de guerra, y que estos son crímenes inamnistiables e imprescriptibles, pero que ello no obstaría a que se aplique la media prescripción, también conocida como prescripción gradual, parcial o incompleta[30].

En virtud de esta institución, el tribunal deberá "[c]onsiderar el hecho como revestidos de dos o más circunstancias muy calificadas y de ninguna agravante"[31], de haber transcurrido la mitad del tiempo para que se extinga la responsabilidad penal. De esta manera, aun cuando la Corte Suprema declaró estos delitos crímenes internacionales, para efectos de determinar la sanción, les ha dado –las más de las veces– el trato de delitos comunes. La consecuencia de ello fue la imposición de penas remitidas o el acceso a otros beneficios para cumplirlas en el medio libre.

29 Corte Suprema. Rol Nº 559-04. 13 de diciembre de 2006, caso por los homicidios de Hugo Vásquez Martínez y Mario Superby Jeldres (Septiembre de 1973 Molco Complejo Panguipulli). Considerando Duodécimo. Esta evolución de la jurisprudencia no es lineal. Durante 2007, desatendiendo su propio criterio, la Corte falló y declaró la prescripción en la causa por secuestro calificado de Vidal del Carmen Riquelme Ibáñez y los homicidios calificados de Cesáreo Soto y Rubén Acevedo Riquelme (Septiembre 1973 Loncomilla), y no dio aplicación a los Convenios de Ginebra. Ver Corte Suprema Rol Nº 6626-05. 12 de noviembre de 2007. Considerando Octavo. Ver también Corte Suprema. Rol Nº 3925-05. 27 de diciembre de 2007, en el que el máximo tribunal declara prescritos los delitos en el caso por el secuestro calificado de los hermanos Guido y Héctor Barría Basay (octubre de 1973, comuna de Río Negro). Considerando Décimo Octavo.

30 Ver Corte suprema. Sentencia Rol Nº 3808-06, de 30 de julio de 2007. Secuestro calificado de Luis Rivera Matus (noviembre 1975, Santiago).

31 Artículo 103 inc. 1º del Código Penal "Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta".

JURISPRUDENCIA 2012 DE LA CORTE SUPREMA

Durante enero de 2012, la Corte Suprema conoció tres causas por violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos. En votación dividida, en dos de estos casos mantuvo firme el criterio de dar lugar a la media prescripción, y en la última confirmó la absolución del único condenado en primera instancia[32]. En marzo, la Sala Penal vio otra causa en la que resolvió condenar a penas efectivas aun cuando mantuvo la jurisprudencia de dar aplicación a la media prescripción[33].

La Sala Penal ha tendido este año a desechar la media prescripción e imponer penas efectivas privativas de libertad a los condenados por violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos. No obstante, la continuidad de esta tendencia queda entregada a una condición variable, como lo es su integración. Representa un peligro latente el que una integración diferente pueda derivar en la aplicación en el futuro de instituciones que están en conflicto con el derecho internacional de los derechos humanos.

Desde marzo hasta fines de septiembre de 2012 han sido fallados cinco casos vinculados a violaciones sistemáticas a los derechos humanos. En cuatro de estas causas, el máximo tribunal ha resuelto por mayoría que no cabe aplicar la

32 El primero de los fallos está referido al secuestro calificado de Adán Valdebenito Olavarría (septiembre de 1974 Lota). Corte Suprema. Rol Nº 7558-2011. 11 de enero de 2012. El segundo fallo recae en la causa por el secuestro calificado de Jaime Espinoza Durán (octubre de 1973 Chillán). Corte Suprema. Rol Nº 10434-2011. 27 de enero de 2012. El tercer fallo recae en la investigación por el secuestro calificado de Juan Manuel Llanca Rodas (septiembre de 1975 Puente Alto). Sentencia de 22 de mayo de 2008, Rol Nº 9-2005, causa instruida por la Ministra en Visita Extraordinaria, doña Marta Hantke Corvalán, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, revocada por la Corte de Apelaciones de San Miguel con fecha 21 de abril de 2011. La Corte Suprema rechaza el recurso de casación interpuesto por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior. Corte Suprema Rol 4822-2011 de 27 de enero de 2012.

33 Corte Suprema. Sentencia de Reemplazo Rol Nº5.720-10 de 7 de marzo de 2012. Se confirma con declaración que Gerardo Alejandro Aravena Longa queda condenado a la pena de siete años de presidio como autor de los delitos de homicidios calificados en las personas de Jorge Manuel Toro Toro, Justo Joaquín Mendoza Santibáñez, Jorge Yáñez, Segundo Nicolás Gárate Torres y José Guillermo Barrera Barrera (16 de septiembre de 1973 y 14 de marzo de 1974 Curacaví).

media prescripción[34], señalando "[q]ue en la medida que los acontecimientos pesquisados configuran crímenes contra la humanidad, de ellos deviene como lógico corolario la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que los ilícitos contra la humanidad son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar"[35]. Coherente con esta definición normativa de los hechos, concluyó que "[e]s obligatoria para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos, para la cual es inadmisible la prescripción que pretenda imposibilitar la investigación de violaciones graves de los derechos humanos y la sanción, en su caso, de los responsables, todo lo cual también se extiende para efectos de estimar improcedente la media prescripción […]"[36]. El INDH valora la tendencia jurisprudencial expresada en los fallos que no dan lugar a la institución de la media prescripción, pues ella incorpora a nivel nacional los estándares internacionales de derechos humanos, lo que constituye una de las obligaciones del Estado en relación con los instrumentos suscritos. Al respecto, el INDH sostuvo que la media prescripción asienta su fundamento normativo en el transcurso del tiempo lo que contraviene la naturaleza imprescriptible de dichos crímenes. Por ello instó al Poder Judicial, en la perspectiva de garantizar el acceso a la justicia de víctimas y familiares, de abstenerse de dar aplicación a dicha norma. (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, p. 275).

El único fallo en que la nueva integración de la Sala Penal de la Corte Suprema acogió la media prescripción es en una causa en la cual el máximo tribunal no califica el crimen como de lesa humanidad y le da el tratamiento de un delito común en el contexto de condiciones especialmente excepcionales[37]. Es el caso referido a Gloria Ana Stocke Poblete, asesinada el 29 de enero de 1984 en el contexto de una fiesta privada al interior del Casino de Oficiales del Regimiento de Infantería Motorizada Nº 23 de Copiapó (Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996, pág. 372), a pesar de que se encuentra calificada por el Estado como víctima de violaciones a los derechos humanos. De esta manera y mediante actuación de oficio, la Corte resolvió "[q]ue opera a favor de los condenados la circunstancia de la media prescripción de la acción penal (…)", concediendo por aplicación de esta institución el beneficio de la libertad vigilada a todos los condenados[38].

Finalmente al cierre del presente Informe, la Sala Penal, en fallo dividido, resolvió favorablemente la solicitud de extradición del ciudadano norteamericano Ray E. Davis, procesado en calidad de autor de los homicidios calificados de Charles Horman Lazar y Frank Teruggi Bombatch, confirmando la naturaleza imprescriptible de los crímenes de lesa humanidad[39].

CONDENADOS Y BENEFICIOS

Las investigaciones judiciales han ido avanzando progresivamente en dirección a determinar las responsabilidades criminales. A la fecha de elaboración de este Informe, 557 ex agentes del Estado se encuentran procesados[40]. El Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública da cuenta de 257 personas condenadas en

34 Corte Suprema. Sentencia Rol Nº 288-12. 24 de mayo de 2012, recaída en la causa por la desaparición de Rudy Cárcamo Ruiz, secuestrado el 27 de noviembre de 1974, en la ciudad de Talcahuano. Corte Suprema. Sentencia Rol Nº 12.566-11, de 18 de junio de 2012. Causa referida al secuestro calificado en la persona de Héctor Patricio Vergara Doxrud, llevado a cabo a partir del 17 de septiembre de 1974, en la ciudad de Santiago. Corte Suprema. Rol Nº 10.665-11. 25 de junio de 2012. Causa por el secuestro calificado de Eduardo Enrique González Galeno, ocurrido el 14 de septiembre de 1973. Corte Suprema. Rol Nº 2661-12. Causa por el secuestro calificado de José Hipólito Jara Castro y Alfonso Domingo Díaz Briones, perpetrados entre los días 13 y 16 de septiembre de 1974.

35 Corte Suprema. Sentencia Rol Nº 288-12. 24 de mayo de 2012. Considerando Trigésimo Tercero. Corte Suprema. Sentencia de Reemplazo, considerando Décimo Sexto. Ver, Corte Suprema. Sentencia Rol Nº 12.566-11. 18 de junio de 2012. Considerando Décimo Tercero.

36 Corte Suprema. Sentencia Rol Nº 12.566-11. 18 de junio de 2012. Considerando Décimo Quinto.

37 Corte Suprema. Sentencia Rol Nº 2200-12. 21 de septiembre de 2012. Considerando Décimo quinto.

38 Ibídem. Considerando Trigésimo Octavo y 2ª Sentencia de Reemplazo.

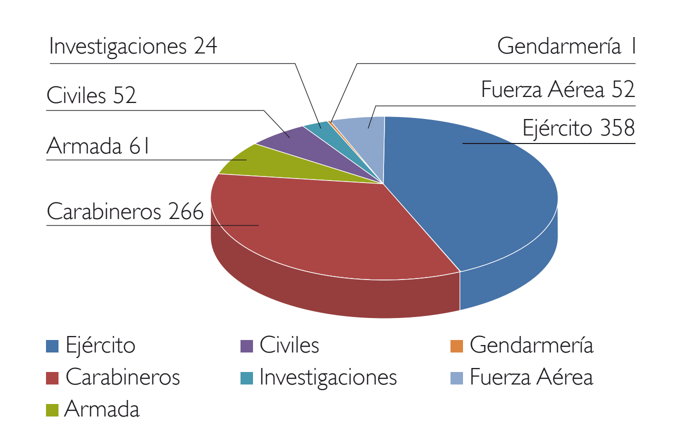
39 Charles Horman Lazar, ciudadano norteamericano, secuestrado por una patrulla militar desde su domicilio en Santiago el 18 de septiembre de 1973 y trasladado al Estadio Nacional. Frank Teruggi Bombatch, ciudadano norteamericano, secuestrado el 20 de septiembre de 1973, trasladado al Estadio Nacional y ejecutado el 22 de septiembre. Corte Suprema. Rol Nº 3020-12 de 17 de octubre de 2012. Considerando Segundo.

40 Por haber participado en más de un hecho represivo, algunos de los ex agentes están procesados en más de una causa.

causas por violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos[41].

Entre procesados y condenados, a la fecha se contabilizan 814 ex agentes, correspondiendo su integración a las siguientes ramas de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad.

CUADRO: PROCESADOS Y CONDENADOS POR RAMA DE LAS FFAA, DE ORDEN Y SEGURIDAD



Fuente: Programa de Derechos Humanos Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Oficio Nº 17157 de 12 de octubre de 2012.

A septiembre de 2012, 67 de estas personas se encuentran cumpliendo penas privativas de libertad, 15 de los cuales gozan de algún tipo de beneficio (8 salida fin de semana-6 salida dominical y uno control medio libre)[42]. De acuerdo a la información proporcionada por el Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada e Involuntaria, 173 agentes condenados con sentencia definitiva por graves violaciones a los derechos humanos nunca cumplieron penas efectivamente privativas de libertad (GTDFI, 2012).

Durante 2012 se han concedido seis beneficios, entre otros, a dos condenados a presidio perpetuo por el secuestro y posterior degollamiento de José Manuel Parada Maluenda, Manuel Guerrero Ceballos y Santiago Nattino Allende (1985)[43]. Con motivo de estos hechos, un grupo de diputados promovió una moción con el objetivo de agregar un inciso final a la Ley 20.357 que tipifica y sanciona los crímenes de lesa humanidad y delitos de guerra, en términos que dichos delitos no podrán ser objeto de beneficios carcelarios de ningún tipo[44].

Como se señala en el Informe Anual 2011, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos[45], "[r]esulta aceptable que el condenado pueda acceder en la etapa de ejecución de la pena a la revisión de la condena y eventualmente a su reducción. Sin embargo, para tales efectos en general debe haber cumplido un porcentaje de la pena que en promedio son dos terceras partes o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, y siempre que el condenado haya expresado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la investigación" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 253). Adicionalmente debe haber un efectivo control judicial de cualquier concesión de beneficios; se requiere considerar la gravedad del delito, y "[d]ebe existir un proceso transparente y que asegure la debida información pública acerca de los criterios utilizados para la concesión de estos beneficios y los motivos particulares de la concesión en cada caso concreto" (GTDFI, 2012).

MEDIDAS ADMINISTRATIVAS EN LA BÚSQUEDA DE JUSTICIA

Una dimensión de la garantía de acceso a la justicia es que esta sea oportuna, en el sentido de ofrecer una respuesta dentro de un tiempo razonable. En el caso de las causas por violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, a los diecisiete años de duración de la dictadura y al período de silencio de la judicatura, se suma una tramitación de

41 Programa de Derechos Humanos Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Oficio Nº 17157 de 12 de octubre de 2012, sumada la ampliación proporcionada en noviembre de 2012 respecto del registro de agentes vivos condenados y procesados.

42 Gendarmería de Chile. Oficio Nº 0569 de 24 de septiembre de 2012.

43 Gendarmería de Chile. Oficio Nº 0569 de 24 de septiembre de 2012.

44 Boletín 8600-07 Modifica la Ley Nº 20.357, tipifica los delitos de lesa humanidad, de genocidio y de guerra, los cuales por su gravedad, no podrán ser objeto de beneficios carcelarios. Fecha de ingreso 2 de octubre de 2012.

45 Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 110.

causas que suele extenderse por décadas[46]. Si bien se está frente a crímenes de alta complejidad y sin colaboración de los agentes involucrados, es necesario reflexionar sobre qué medidas adicionales adoptar a los fines de avanzar sin dañar la calidad de las investigaciones. Ello requiere de medidas coordinadas, no sólo a nivel del Poder Judicial, sino de los órganos coadyuvantes a la acción de la Justicia (Policía de Investigaciones, Servicio Médico Legal) con el objetivo de dotarlos de los medios y recursos que sean necesarios para mejorar los tiempos de respuesta.

En este marco, el máximo tribunal nombró el 20 de diciembre de 2011 a tres nuevos ministros de las Cortes de Apelaciones de Santiago y San Miguel para que se aboquen a su conocimiento y fallo[47]. Adicionalmente, en enero de este año, distribuyó causas de gran complejidad entre los nuevos ministros designados (Poder Judicial, 2012 a). Actualmente se cuenta con 32 jueces a lo largo del país destinados al conocimiento de este tipo de causas (GTDFI, 2012). Finalmente, el 25 de junio, la Corte Suprema designó al ministro Hugo Dolmestch como el nuevo coordinador nacional de causas de derechos humanos[48].

Los órganos auxiliares de la justicia, fundamentalmente el Servicio Médico Legal y la Policía de Investigaciones a través de su Brigada de Delitos contra los Derechos Humanos, han sido reconocidos por el rol que han desempeñado en el avance de los procesos judiciales (GTDFI, 2012).

Durante 2012, el Servicio Médico Legal ha entregado a los tribunales de justicia informes periciales de identificación referido a 14 víctimas detenidas desaparecidas o ejecutadas políticas sin entrega de restos, logrando proporcionar un total de 122 informes periciales de identificación desde que se instaló la unidad especial de identificación forense destinada a encarar este desafío científico y humanitario, en 2006[49]. A pesar de los esfuerzos desplegados y los recursos invertidos[50], existen casos aún pendientes. Es la situación del denominado caso "Patio 29" del Cementerio General, en el que se han proporcionado 51 informes periciales de identificación de 124 osamentas exhumadas[51].

Reforzar el trabajo del Servicio Médico Legal y contar con un plan nacional de búsqueda de personas desaparecidas, así como relanzar la campaña para recolectar muestras de sangre de los familiares de la totalidad de las víctimas de desaparición forzada, constituyen algunas de las recomendaciones formuladas por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (GTDFI, 2012).

PROGRAMA DE DERECHOS HUMANOS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA

El Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior es el principal órgano del Estado que presta asistencia social y judicial a los familiares de víctimas de desaparición forzada y ejecución extrajudicial. En la actualidad, ya sea como parte coadyuvante o como parte querellante, participa en 596 causas[52]. En 219 de estos procesos se busca determinar la responsabilidad criminal por actos constitutivos de desaparición forzada de personas, mientras que en 377 causas se investigan casos de ejecución extrajudicial[53]. Estas causas representan a 1.449 víctimas de

46 En 4 de las 9 sentencias definitivas dictadas hasta septiembre de 2012, estas demandaron un promedio de quince años de tramitación. El cálculo se hizo a partir de la información disponible en www.poderjudicial.cl en las causas en las que existe fecha de ingreso en tribunal de primera instancia. Estas causas son las siguientes: Corte Suprema Rol Nº 4822-2011 (iniciada el año 2005); Corte Suprema Rol Nº 288-2012 (iniciada el año 2001); Corte Suprema Rol Nº 10665-2011 (iniciada en 1998); Corte Suprema Rol Nº 2200-2012 (iniciada el año 1984).

47 Se trata de los ministros/as Patricia González y Miguel Vásquez de la Corte de Apelaciones de Santiago y Adriana Sotovía, de la Corte de Apelaciones de San Miguel.

48 La figura de ministro coordinador en causas de violaciones a los derechos humanos se remonta al año 2009. Ver Acuerdos de Pleno de la Corte Suprema de 8 de mayo de 2009 por el que se designa en esa calidad al Ministro Sergio Muñoz Gajardo, para que actúe como Coordinador Nacional del trabajo de estos magistrados (Poder Judicial, 2009).

49 Servicio Médico Legal Ordinario Nº 1072 de 7 de septiembre de 2012.

50 El presupuesto asignado para 2011 fue de M$ 1.114.384 y para 2012 de M$ 1.145.586. Fuente: Ordinario Nº 1072 de 7 de septiembre de 2012.

51 Otros casos que aún siguen abiertos son: Fuerte Arteaga, asociado a víctimas de La Moneda, se han proporcionado 12 informes periciales de un total de 24 víctimas asociadas. En relación a las 24 víctimas de Paine se ha proporcionado 11 informes. En relación al caso Chihuío se han elaborado seis informes de 17 víctimas. En Cuesta Barriga, con un universo no determinado de victimas asociadas, se han proporcionado informes referidos a siete víctimas; en Calama se han proporcionado 12 informes de un total de 26 víctimas asociadas.

52 Toda la información relativa al Programa se obtuvo del Oficio del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Nº 17157 de 12 octubre de 2012.

53 Adicionalmente tramita 27 causas civiles (reclamación de filiación, nombramiento de curador de bienes de ausente y declaración de ausencia por desaparición forzada).

violaciones sistemáticas a los derechos humanos (590 víctimas de desaparición forzada y 859 víctimas de ejecución extrajudicial), de un total de 3.225 víctimas de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos calificadas por el Estado. Desde diciembre de 2009 en que se le facultó para presentar querellas tanto para víctimas de desaparición forzada como para víctimas ejecutadas políticas[54], el Programa ha interpuesto 151 querellas en 2010, 295 querellas en 2011 y 55 querellas en lo que va de 2012. Ello ha ido acompañado de un incremento del presupuesto del 44,9% entre 2009 y 2012.

El INDH advierte que el Programa no ha podido avanzar con la celeridad esperada en dar una cobertura de asistencia judicial completa a las víctimas de desaparición forzada y ejecución sumaria o extrajudicial, por requerirse de la firma del Subsecretario del Interior para la presentación de las querellas, aspecto que ha sido igualmente relevado por el Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada o Involuntaria en sus Observaciones Preliminares. A este respecto la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos –AFEP– ha denunciado que el Subsecretario "[t]iene en su poder más de 100 querellas que se ha negado a firmar, no cumpliendo de esta manera con su palabra de presentarlas, compromiso adquirido con la agrupación en reunión del 27 de julio de 2012" (Jara, 2012).

En este sentido se debe avanzar en la dirección de autorizar a que el Programa presente dichos escritos sin necesidad de contar con la firma del Subsecretario, lo que incidiría en agilizar las presentaciones y la consecuente participación del Programa en la tramitación de las causas.

ADECUACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNA Y SUSCRIPCIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES

Adecuar la normativa interna a los estándares internacionales e implementar las decisiones de los órganos jurisdiccionales internacionales de derechos humanos, representa una obligación que el Estado de Chile asumió al suscribir los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. El INDH ha hecho ver al Estado la necesidad de dar curso a la reforma legislativa que permita privar de todo efecto jurídico al Decreto-Ley de Amnistía y dar cumplimiento, en esta parte, a la sentencia dictada por la Corte IDH (2006) en el caso Almonacid Arellano[55]. El no avanzar en dicha dirección "[s]e puede interpretar como que los Poderes Ejecutivo y Legislativo no cuentan con la voluntad política para afirmar categóricamente que los delitos de desapariciones forzadas [y de lesa humanidad y/o crímenes de Guerra] no son amnistiables" (GTDFI, 2012).

Similar llamado se ha formulado en orden a que el Estado ratifique con celeridad la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad que desde 1999 se tramita en el Congreso Nacional. Durante 2012 se han experimentado avances en esta dirección al aprobarse el proyecto de acuerdo en el Senado, el 3 de octubre de 2012[56], con lo cual concluye el primer trámite constitucional y queda en condiciones de ser revisado por la Cámara de Diputados. El 3 de julio, la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado escuchó la opinión del INDH a ese respecto. En dicha oportunidad, reiterando las recomendaciones formuladas en los Informes Anuales 2010 y 2011, se instó a que el Estado ratifique dicho instrumento y que en dicho acto se abstenga de formular declaración alguna que afecte el objeto y fin de dicha Convención, reforzando de esta manera el marco de protección de la dignidad de los seres humanos y a la prevención de crímenes que se considera ofenden a toda la humanidad[57].

Finalmente, y en relación con materias legislativas relacionadas con víctimas de la dictadura, se presentó en el Senado la Moción que modificaba la Ley 18.556 sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Registro Electoral, con el objeto de excluir a las víctimas de desaparición forzada del Regis-

54 Ley 20.405 que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, art. 10 transitorio.

55 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano Vs. Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

56 Boletín 1265-10. Proyecto de acuerdo por el que se aprueba la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la resolución Nº 2391 (XXIII), del 26 de noviembre de 1968.

57 Misma opinión fue proporcionada a la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados en la sesión celebrada el 30 de octubre de 2012.

tro Electoral[58]. Ello a propósito de que en la implementación de las modificaciones legislativas introducidas por la Ley 28.556 sobre inscripción automática y voto voluntario, se incorporó al Registro Electoral el nombre de personas detenidas desaparecidas, sin advertir esta situación. Esto dio cuenta de un vacío en el reconocimiento pleno de la condición jurídica de las personas víctimas de desaparición forzada. En la tramitación de la moción, el INDH hizo ver que las obligaciones de verdad, justicia y reparación exigen de todos los órganos del Estado la promoción y adopción de políticas públicas y de una legislación nacional coherente. Ello implica adoptar las medidas reglamentarias y administrativas necesarias a fin de abordar la situación de las víctimas de desaparición forzada, teniendo como objetivo mitigar las consecuencias que para los familiares entraña la persistencia de una condición de incertidumbre. En esta dirección, el INDH propuso que el Estado avance en el reconocimiento de un estatuto jurídico especial que reconozca en su integridad y de manera permanente la condición de ausencia por desaparición forzada. La Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado acordó promover dicha iniciativa. La Cámara Alta acogiendo la propuesta de la Comisión, solicitó oficiar al Poder Ejecutivo con el objeto de requerirle presentar una iniciativa legal que recoja la propuesta de crear un Registro Nacional de Detenidos-Desaparecidos[59]. Hasta ahora no ha habido respuesta de parte del ejecutivo. A juicio del INDH, el Poder Ejecutivo debe prestar el patrocinio a esta iniciativa, manifestando con ello su voluntad de enmendar el daño que esta situación ha ocasionado a los familiares de detenidos-desaparecidos.

58 Boletín 8321-07. Ingresado el 22 de mayo de 2012.

59 Oficio Moción Nº 825/SEC/12. 14 de agosto de 2012, del H. Senado.



DERECHO A LA REPARACIÓN E INDEMNIZACIÓN

3

El Estado ha desarrollado la política pública de reparación en base a un conjunto de medidas y programas que responden a las categorías de rehabilitación, restitución, compensación, satisfacción y garantías de no repetición[60]. Destacan, entre otras, el sistema de pensiones de reparación a familiares de personas desaparecidas, ejecutadas políticas y victimas calificadas como sobrevivientes de prisión política y tortura[61]; el Programa de Reparación y Atención Integral en Salud y Derechos Humanos (PRAIS); la asistencia social y judicial llevada a cabo por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior[62]; el sistema forense de identificación y búsqueda de personas desaparecidas a través del Servicio Médico Legal; las becas de estudio para hijos/as de las victimas calificadas de desaparición forzada o ejecución extrajudicial menores de 35 años, o para la víctima o un descendiente a su elección en el caso de sobrevivientes de tortura o prisión política; la rehabilitación de derechos civiles y políticos; y la pensión no contributiva para exonerados por razones políticas[63]. A estas políticas se suman otras que buscan reparar en la medida de lo posible las violaciones a los derechos humanos[64].

60 Sobre estas dimensiones del derecho a la reparación ver: Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución 60/74 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

61 Contenidas en las leyes: 19.123 (1991); 19.989 (2004); 19.992 (2009) y 20.405 (2010).

62 No acceden a este programa las víctimas de tortura.

63 Ley 19.234, establece beneficios previsionales por gracia a personas exoneradas por motivos políticos en el lapso que indica. 12 de agosto de 1993.

64 Por ejemplo, la posibilidad de eximirse del Servicio Militar Obligatorio para hijos, nietas/as, hermanos/as y sobrinos/as de las victimas calificadas. Sobre políticas de reparación ver Informe Anual 2011, pág. 260.

Todas estas iniciativas tienen en común el que forman parte de programas de reparación que buscan conciliar las legítimas expectativas de las víctimas y cumplir con el objetivo de "[c]ontribuir (modestamente) a la reconstrucción o constitución de una nueva comunidad política. En este sentido, la mejor manera de concebirla es como parte de un proyecto político" (de Greiff, 2006, p. 307).

En su conjunto, estas medidas no están coordinadas orgánicamente, algunas de ellas están radicadas en el Ministerio de Salud, otras en el Ministerio del Interior o en el Ministerio de Educación, el Ministerio de Justicia y en el Ministerio de Vivienda y Urbanismo. En la perspectiva de garantizar la coherencia y organicidad de dichas políticas, el INDH ha expresado que sería deseable que la futura Subsecretaría de Derechos Humanos tuviera facultades suficientes para coordinar dichas políticas[65].

Junto con estas iniciativas de reparación, se encuentran aquellas que el Poder Judicial está llamado a ofrecer, en virtud del principio según el cual de cada delito nace el deber de resarcir el daño ocasionado como consecuencia de su consumación. Los tribunales de justicia están en posición de dimensionar en concreto el daño que se ha padecido como consecuencia de un hecho ilícito, lo que hace parte del derecho a la indemnización de la víctima y/o sus familiares por la responsabilidad civil del Estado.

A este respecto, en marzo de 2012, pronunciándose en fallo dividido, la Sala Penal sostuvo en relación a la responsabilidad civil del Estado que "[n]o resulta coherente tampoco entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las

65 Ver apartado sobre Institucionalidad en Derechos Humanos. Subsecretaría de Derechos Humanos.

normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos –integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del artículo 5º de la Carta Fundamental– que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, por lo que resulta procedente acoger la demanda deducida en autos"[66]. Agregó que al acoger la solicitud de resarcimiento del daño ocasionado por el actuar de agentes del Estado se da cumplimiento de buena fe a los tratados internacionales suscritos por nuestro país, así como a la correcta interpretación de las normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. De esta manera, resolvió que "[d]ichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone el artículo 5º de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados"[67].

En relación con el derecho a la indemnización, durante 2012, el Consejo de Defensa del Estado ha mantenido invariable su postura de invocar la incompetencia del tribunal para indemnizar y declarar la prescripción de la acción civil con el objetivo de evitar que el Fisco sea condenado civilmente a responder por el daño ocasionado. La jurisprudencia en esta materia ha sido contradictoria. Por existir diferencias en los fallos respecto de la prescriptibilidad de la acción civil, en junio de 2012, por primera vez se remitieron los antecedentes relativos a la prescripción de la acción civil indemnizatoria al Pleno de la Corte Suprema, a efectos de unificar la jurisprudencia[68]. Realizada la vista de la causa, se encuentra pendiente el fallo del Pleno[69]. En sus recomendaciones al Estado, el INDH formuló en 2011 un llamado a los tres poderes para "garantizar a las víctimas y familiares el derecho a una reparación integral, incluida la indemnización civil". En relación a este último aspecto, queda pendiente la decisión del Pleno de la Corte Suprema que dirima la jurisprudencia contradictoria en esta materia.

66 Corte Suprema. Rol Nº5.720-10 de 7 de marzo de 2012. Considerando Trigésimo Cuarto.

67 Ibídem. Considerando Trigésimo Quinto.

68 Causa por el secuestro calificado del Dr. Eduardo Alberto González Galeno. Corte Suprema Rol Nº 10.665-11. 25 de junio de 212.

69 Esta misma decisión adoptó la Sala Penal tras la vista de la causa por el homicidio calificado de Luis Pantaleón Pincheira Llanos y otros Corte Suprema Rol Nº 3841-12.

BIBLIOGRAFÍA

Biblioteca del Congreso Nacional. (29 de agosto de 2011). *bcn.cl.* Recuperado el 30 de octubre de 2012, de http://www.bcn.cl/guias/beneficios-para-prisioneros-y-torturados-politicos

Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura.* Santiago.

Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. (1996). *Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política.* Santtiago.

Corporación Parque por la Paz Villa Grimaldi. (s.f.). *villagrimaldi.cl.* Recuperado el 9 de noviembre de 2012, de http://villagrimaldi.cl/quienes-somos/

de Greiff, P. (2006). Justicia y reparaciones. En P. de Greiff, *Hanbook of Reparations.* Nueva York: Oxford University Press.

Fundación 1367 José Domingo Cañas. (s.f.). Recuperado el 9 de noviembre de 2012, de http://casamemoria1367.blogspot.com/

Garretón, F., González, M., & Lauzán, S. (marzo de 2011). *cdh.uchile.cl.* Recuperado el 13 de noviembre de 2012, de http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/78/207.pdf

Gobierno de Chile. (20 de abril de 2012). *prensapresidencia.cl.* Recuperado el 17 de octubre de 2012, de http://www.prensapresidencia.cl/Default.aspx?codigo=10839

GTDFI. (21 de agosto de 2012). *Observaciones preliminares del grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias de la ONU al concluir su visita a Chile.* Recuperado el 1 de octubre de 2012, de www.ohchr.org: http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12450&LangID=S

IIPPDH. *Propuestas de políticas regionales de verdad y memoria sobre la Operación Cóndor.*

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (24 de noviembre de 2011b). *indh.cl.* Recuperado el 15 de noviembre de 2012, de http://www.indh.cl/declaracion-publica-del-instituto-nacional-de-derechos-humanos-sobre-el-homenaje-a-miguel-krassnoff

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

Jara, R. (30 de octubre de 2012). *emol.com.* Recuperado el 15 de noviembre de 2012, de http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/10/30/567262/familiares-de-ejecutados-politicos-presentan-91-querellas-ante-la-justicia.html

Krebs, M. (23 de junio de 2012). *emol.com.* Recuperado el 25 de octubre de 2012, de http://blogs.elmercurio.com/columnasycartas/2012/06/23/museo-de-la-memoria-2.asp

Londres 38, Casa de la Memoria. (s.f.). *londres38.cl.* Recuperado el 9 de noviembre de 2012, de http://www.londres38.cl/1937/w3-propertyvalue-32006.html

Ministerio de Educación. (2012). *educarchile.cl.* Recuperado el 5 de noviembre de 2012, de http://www.educarchile.cl/UserFiles/P0001/File/CR_Articulos/bases_historia_2012.pdf

Museo de la Memoria y los Derechos Humanos. (27 de junio de 2012). *Declaración Pública del Directorio del Museo de la Memoria.* Recuperado el 19 de noviembre de 2012, de http://www.museodelamemoria.cl/declaracion-publica-del-directorio-del-museo-de-la-memoria-y-los-derechos-humanos/

Poder Judicial. (11 de enero de 2012 a). *Poderjudcial.cl.* Recuperado el 4 de octubre de 2012, de http://www.poderjudicial.cl/modulos/Home/Noticias/PRE_txtnews.php?cod=3580&opc_menu=&opc_item=

Salazar, P. (26 de enero de 2012). *latercera.com.* Recuperado el 5 de noviembre de 2012, de http://www.latercera.com/noticia/nacional/2012/01/680-426923-9-consejo-nacional-de-educacion-acepta-por-unanimidad-modificacion-que-restituye.shtml

UDP. (2010). Recuperado el 5 de noviembre de 2012, de http://www.encuesta.udp.cl/wp-content/uploads/2010/12/ICSO-DDHH-2010.pdf

Villalobos, S. (22 de junio de 2012). *emol.com.* Recuperado el 17 de octubre de 2012, de http://blogs.elmercurio.com/columnasycartas/2012/06/22/museo-de-la-memoria-1.asp

Educación en derechos humanos



1

EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS



Fotografía: Enrique Cerda



1 EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

ANTECEDENTES

La educación en derechos humanos conlleva el desafío de estar en sintonía con los contextos históricos que en cada momento van delineando las necesidades y prioridades de cada sociedad, al tiempo que se acoge y da cumplimiento a los estándares internacionales en esta materia.

El Estado de Chile ha ido generando diversos procesos para incluir los derechos humanos en los procesos educativos formales, desde la década de los noventa. Estos procesos han sido más sostenidos y han mostrado algunos niveles de avance en el nivel preescolar y escolar en este período, pero no han tenido la misma profundidad en la educación superior y en los procesos formativos de los agentes del Estado, particularmente de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad.

La incorporación normativa de la obligación de educar en derechos humanos en las normas nacionales, sin embargo, no necesariamente se ha traducido en la práctica en una mayor comprensión sobre qué y cuáles son los derechos humanos, ni sobre la responsabilidad del Estado en su promoción y protección. Más aún, la noción de derechos humanos tiende a estar vinculada principalmente con la experiencia histórica de violaciones masivas y sistemáticas vividas durante la dictadura. En efecto, de acuerdo a la primera Encuesta nacional de Derechos Humanos realizada por el INDH el 2011, el 87,2% de la población asocia los derechos humanos con las violaciones ocurridas en la dictadura, mientras que otros derechos como a la vivienda y a la salud, o a la no discriminación de minorías a un 55,9% y 30,7% respectivamente (INDH 2011a).

Durante el periodo que abarca este Informe, un conjunto de hechos reactivó este debate, poniendo en cuestión la suficiencia y efectividad de los avances en esta materia. Así, el resurgimiento de discursos públicos tolerantes con las violaciones de derechos humanos y los homenajes a personas involucradas en crímenes de lesa humanidad[1]; los hechos de discriminación y maltrato que alcanzaron notoriedad pública como los ataques homofóbicos o las cláusulas administrativas de discriminación[2], el abuso sexual infantil, la violencia contra las mujeres, la trata de personas y las acciones de violencia policial en las manifestaciones estudiantiles y contra el pueblo mapuche, fundamentan la necesidad de reforzar la educación en derechos humanos.

En este capítulo se analizan los estándares internacionales en el ámbito de la educación en derechos humanos y su integración en la educación escolar, universitaria y en los procesos de capacitación de los funcionarios públicos, así como en las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El ejercicio de derechos, así como su defensa y protección, dependen en buena medida del conocimiento que exista en la población y en los agentes del Estado sobre cuáles son

1 Los homenajes a Miguel Krasnoff realizado el 21 de noviembre de 2011 (Emol, 2012, 18 de noviembre; Vargas, 2012) y a Augusto Pinochet el 10 de junio de 2012 (Cisterna, J. 2012, 8 de junio) han visibilizado discursos sociopolíticos que justifican la violencia de Estado.

2 Ejemplos de ello son el instructivo de Fuerzas Armadas en el proceso de selección de postulantes, que plantea la inconveniencia de aceptar homosexuales (La Nación, 2012, 12 de septiembre) y los casos de querellas que han surgido tras esta denuncia pública de hostigamiento o barreras de ascenso por orientación sexual (Passi, 2012, 7 de septiembre).

estos derechos y sus alcances. Es por ello que la educación es el principal instrumento de promoción y facilitador del ejercicio del conjunto de los derechos fundamentales. Así lo establece la Declaración Universal de Derechos Humanos, el conjunto de instrumentos internacionales y planes de acción asociados a su implementación[3] y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Educación y Formación en materia de Derechos Humanos. Esta última ha reconocido la educación en derechos humanos (EDH) como un derecho en sí mismo y señala en su artículo 1° que todas las personas sin distinción tienen derecho a poseer, buscar y recibir información sobre todos los derechos humanos y las libertades fundamentales y deben tener acceso a educación y formación en esta materia. Además, la EDH es un componente de la calidad de la educación[4] y, por tanto, no se agota en la entrega de información sobre los derechos y libertades fundamentales, sino que se extiende al deber de crear entornos seguros o propicios para su ejercicio, y a fomentar prácticas que promuevan su goce y exigibilidad desde los propios procesos de enseñanza.

El Estado, como garante de la promoción y educación en derechos humanos, tiene la obligación de velar por el respeto de este derecho y favorecer su realización tanto en los procesos formativos que se imparten a la población en general, como en los que se otorgan a "funcionarios y empleados públicos, jueces, agentes de orden y personal militar, así como promover la formación adecuada en derechos humanos de maestros, instructores y otros educadores y personal privado que desempeñen funciones a cuenta del Estado" (Declaración de las Naciones Unidas sobre Educación y Formación en materia de Derechos Humanos, art 7º). Para ello, los Estados deben adoptar medidas hasta el máximo de recursos que disponga para formular estrategias, políticas, programas y planes de acción que permitan impartir educación y formación en derechos humanos[5]. Dentro de estas acciones, el sistema de protección de derechos de Naciones Unidas ha dado prioridad a la integración de los derechos humanos en la educación formal y en los procesos de capacitación, por ejemplo, incorporándolas en los planes de estudio de las escuelas y en los programas de formación[6].

Bajo este conjunto de elementos señalados en la Declaración de Educación en Derechos Humanos y en las indicaciones de diferentes tratados sobre la necesidad de educar y difundir el contenido de dichos instrumentos, se reconoce que el Estado tiene un deber inexcusable en el empoderamiento de la población como sujetos conscientes de sus derechos humanos, en fomentar el reconocimiento por parte de la ciudadanía de los propios deberes de respeto de los derechos humanos, así como en la formación de funcionarios/as como garantes de dichos derechos. Más aún, frente a determinadas circunstancias o contextos históricos, se torna un imperativo que redobla la obligación de tomar medidas como lo ha señalado el Comité de Derechos del Niño:

> "La elaboración y aplicación de programas de promoción de los valores que se enuncian en este artículo deben formar parte de la respuesta normal de los gobiernos a la casi totalidad de las situaciones en las que se hayan producido violaciones sistemáticas de los derechos humanos. Por ejemplo, cuando ocurren graves incidentes de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia en los que participan menores de 18 años, es razonable suponer que el gobierno no ha hecho cuanto estaba a su alcance para promover los valores enunciados en la Convención en general, y en el párrafo 1 del artículo 29, en particular . (CRC, 2001, OGNº1, párr. 24)"

Para avanzar en los lineamientos que permitan promover de manera específica la EDH, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó un Programa Mundial que se ha materializado en un Plan cuya primera fase (2005-2009) tuvo como foco el sistema escolar (OACDH/UNESCO, 2006), en tanto que la segunda (2010-2014), pretende avanzar hacia la integración de la educación en derechos humanos en la educación superior, las Fuerzas Armadas y de Orden,

3 Conferencia y Plan de Acción de Viena (A/CONF.157/23, párrs.34,36 y 78-82; Plan de acción Programa Mundial para la educación en derechos humanos, primera fase (OACDH/Unesco, 2006), y segunda fase (OACDH, 2010).

4 Informes de las Relatorías Especiales del Derecho a Educación, Sra. Katarina Tomasevski, (E./CN.4/2004/45, 25 de enero del 2004, párr.48), y Vernor Muñoz, (E7CN.4/2005/50, 17 de diciembre de 2004, párrs. 102-118).

5 Ver art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

6 Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos, art. 8.1. (A/RES/66/137, 16 de febrero de 2012).

y funcionarios públicos (OACDH, 2010). En estos planes se prioriza la generación de estrategias nacionales de EDH que sean generales, eficaces y sostenibles, y la entrega de directrices sobre los componentes decisivos en este ámbito.

Adicionalmente, las recomendaciones de diversos Comités de tratados al Estado de Chile han señalado la necesidad de reforzar la educación en derechos humanos[7] profundizando temáticas de: derechos económicos, sociales y culturales y su exigibilidad[8]; la discriminación contra la mujer[9] y la violencia de género[10]; la prevención de la tortura[11], y el reconocimiento y formación en torno a derechos sexuales y reproductivos[12]. También hay claras indicaciones respecto a la formación escolar y de agentes públicos en torno a los derechos de niños, niñas y adolescentes[13], de las personas con discapacidad, de la población migrante[14] y de los pueblos indígenas, así como su reconocimiento como sujetos titulares de derechos, entre otras acciones relacionadas con la eliminación de la discriminación[15].

MARCOS LEGALES Y PARTICIPACIÓN DE CHILE EN EL PROGRAMA MUNDIAL DE EDH

El Estado chileno ha reconocido constitucionalmente su deber de promoción de los derechos humanos en la reforma a la carta fundamental de 1989[16], y además ha suscrito los planes de acción de Viena en 1993[17] y el de Educación en Derechos Humanos de 2005[18]. Con anterioridad a ello había establecido la necesidad de reforzar la EDH en los informes de sus comisiones de Verdad y Reconciliación, en todos los niveles educacionales y en particular en las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad. Estos planteamientos no se restringían al marco de los derechos afectados durante la dictadura, sino a la necesidad de reafirmar una cultura respetuosa de los derechos humanos, en su campo amplio de comprensión (CNVR 1990, p. 1283 y ss). Esta situación se vio reflejada en la modificación a la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (Ley 19.938 del 30 de enero de 2004), y fue retomada en la Ley General de Educación (Ley 20.370 arts. 2 y 30), estableciendo la obligación de promoción de los derechos humanos en los procesos educacionales.

Pese a lo anterior, Chile no cuenta con un plan nacional de educación en derechos humanos que permita dar un cuerpo consistente a estos principios, a pesar de que éste era uno de los compromisos de la primera fase del Plan Mundial. Tampoco cuenta con otros instrumentos afines como planes contra el racismo, la xenofobia, la discriminación u otras formas de intolerancia[19]. Por su parte, la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación, aprobada en 2012, no logró los consensos requeridos en su debate para que se incluyeran acciones de educación para la erradicación de las prácticas discriminatorias, el fomento de la igualdad y la tolerancia.

El proyecto de creación de la Subsecretaría de Derechos Humanos en actual discusión en el Senado, podría implicar una mejora en esta situación en tanto plantea como parte de sus labores "colaborar en el diseño y desarrollo de estudios, planes y programas de promoción de los derechos humanos" y "proponer el programa de formación

7 EPU 2009, párr. 96 numeral 44; A/HRC/12/10, párr. 44 t CESCR E/C.12/1/Add.105, de diciembre de 2004, párr. 60.

8 CESCR E/C.12/1/Add.105, 1 de diciembre de 2004, párrs.29 y 60.

9 CEDAW/C/CHI/CO/4, 25 de agosto de 2006, párr. 25.

10 EPU 2009, A/ HRC/12/10 párr. 96 numeral 24.

11 CAT/C/CHL/CO/5, párr. 13; CAT/C/CR/32/5, párr. 6.

12 CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párr.56 y CESCR E/C.12/1/Add.105, 1 de diciembre de 2004, párrs. 53-54; CEDAW/C/CHI/CO/4, 25 de agosto de 2006, párr.18.

13 CRC/C/15/Add.173, 3 de abril de 2002, párr. 19c) y CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrs. 24 y 72.

14 CMW/C/CHL/CO/1 del 23 de septiembre del 2011, párr. 19.

15 CERD/C/304/Add.81, 12 de abril de 2001, párr. 16 y CERD/C/CHL/CO/15-18, 7 de septiembre de 2009, párr. 18.

16 El artículo 5º, inciso segundo de la Constitución de la República establece que "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

17 Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena, A/CONF.157/23 12 de julio de 1993.

18 OACDH/Unesco (2006). Plan de Acción. Programa Mundial para la educación en derechos Humanos. Primera Etapa. Nueva York: ONU.

19 La respuesta del Estado de Chile al cuestionario sobre implementación primera fase Plan Mundial de Educación en Derechos Humanos, del 14 de abril de 2010, señala tales falencias en la respuesta 11 y la 12. Adicionalmente en el M.E ORI ORD. Nº 09/00349 del 3 de mayo de 2012, emanado desde el MINEDUC a Cancillería, se detallan las actividades desarrolladas en torno a la ejecución del Plan Mundial, donde todas se orientan a generar un diagnóstico de la inclusión de la EDH en distintas instancias de la educación superior y no se hace mención de la elaboración de un Plan nacional.

y fortalecimiento institucional en materia de derechos humanos para el sector público"[20]. Sin embargo, la ausencia del Ministerio de Educación en el Comité Interministerial propuesto en dicho proyecto reduciría el campo de aplicación de dichos programas formativos, hecho que el INDH ha hecho presente a la Comisión de Derechos Humanos del Senado[21]. Esta preocupación ha sido planteada también por organizaciones académicas y de la sociedad civil[22].

CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

INTEGRACIÓN DE LA EDH EN EL CURRÍCULUM PREESCOLAR Y ESCOLAR

Tras la aprobación de la Ley General de Educación en 2009, el Ministerio de Educación inició la construcción de un nuevo currículum nacional que respondiera a los objetivos y a la nueva estructuración de la enseñanza que establece dicha ley. Este proceso contempló dos consultas públicas cerradas, basadas en un cuestionario, lo que restringió las posibilidades de generar debate público con participación de las comunidades escolares y de la ciudadanía en un ámbito que requiere de los más amplios consensos. El resultado de este proceso ha generado polémicas puntuales, como las referidas a la carga horaria de las asignaturas o a los enfoques dados a determinados contenidos (Garrido, 2011, 25 de noviembre; EFE, 2012, 12 de enero). La inclusión de los temas de derechos humanos siguen en un campo de disputa, constatándose tensiones sobre qué incorporar y cómo, identificándose algunas situaciones de regresión respecto al currículum vigente tras la modificación de 2009[23], que se analizan en estas páginas y que refieren a la promoción de la equidad de género, valoración de la diversidad, trabajo en torno a los DESC y derechos indígenas, y en el tratamiento de estas temáticas en los diferentes niveles del currículum, desde las bases curriculares generales a las de asignaturas y a los programas de estudio de cada una de ellas.

El INDH ha presentado sus preocupaciones en esta materia tanto al Ministerio de Educación como al Consejo Nacional de Educación, durante el proceso de consulta y en las fases de revisión curricular desarrolladas durante 2011 y 2012, entregando además recomendaciones específicas en torno a cómo integrar y abordar temáticas particulares y principios generales de derechos humanos[24]. Así también ha planteado la necesidad de revisar los vacíos legales del proceso de construcción de currículum para propiciar mayor participación, y que esto permita la construcción de un currículum dotado de mayor legitimidad social.

Integración de la EDH en la educación parvularia

La Ley General de Educación incluyó por primera vez objetivos para la educación parvularia a nivel legal, entre los cuales se incorporan elementos para la formación de una cultura respetuosa de los derechos humanos como la promoción de "actitudes de respeto y aceptación de la diversidad social, étnica, cultural, religiosa y física" y el "cuidado del medio ambiente"[25]. Siendo este un aporte, a nivel curricular su valor se ha visto relativizado toda vez que esos objetivos son más acotados que los que ya se contemplaban en las bases curriculares que aún se encuentran vigentes, y que se sustentan en los derechos de niños, niñas y adolescentes y en la Convención de los Derechos del Niño.

Por otra parte, en el conjunto de orientaciones entregadas para la educación parvularia en los programas de estudio de primer y segundo nivel de transición –prekínder y kínder– no se identifican actividades orientadas a apoyar a niños y niñas a reconocerse a sí mismos como sujetos de derechos,

20 Boletín 8207-07, art. 5, letras h), e i). Ver Capítulo sobre Institucionalidad Democrática, apartado sobre Subsecretaría de Derechos Humanos, en el presente Informe.

21 Presentación de Lorena Fríes ante la Comisión de Derechos Humanos del Senado, el 10 de septiembre de 2012 y entrega de documento sobre el proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos.

22 Diversas organizaciones y académicos han presentado su visión de este proyecto ante la comisión del Senado, en las sesiones del 1 de octubre (http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=asistencia_sesion&idcomision=199&idsesion=7421&idpunto=9575&sesion=01/10/2012) y el 10 del mismo mes (http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=asistencia_sesion&idcomision=199&idsesion=7461&idpunto=9618&sesion=10/10/2012)

23 Decretos Nº256 y Nº254.

24 INDH Oficios Nº 303 del 11 de julio de 2011; Oficio Nº 27 del 3 de febrero de 2012 enviados al MINEDUC; Oficio Nº 554 del 8 de septiembre de 2011 y Oficio Nº 141 del 31 de mayo de 2012 enviados al CNED.

25 Ley 20.370, art. 28, letras e), i).

situación que se reitera respecto a la promoción de ese reconocimiento por parte de adultos significativos de su entorno (Mineduc, 2008), como se indica en las bases curriculares de la educación parvularia y como lo recomienda el Comité de Derechos del Niño[26]. Además, hay un desarrollo poco claro tanto en los contenidos que debiesen apoyar el reconocimiento de derechos y prácticas respetuosas de los mismos en su convivencia social, como en el desarrollo de la autonomía y en el de la identidad, no reflejándose en ellos una visión de derechos humanos. Por ejemplo, en lo que refiere a la igualdad de derechos, ésta se limita a la distinción biológica de los sexos, o de reconocimiento de diferencias físicas y de intereses entre las personas. Ello da cuenta de una incorporación débil de los derechos humanos en estos programas de estudio limitando el potencial de desarrollo de la EDH que a nivel declarativo integran los objetivos generales de la educación (Ley 20.370, arts. 28 a 30).

Integración de la EDH en la educación básica

Para este nivel educativo, la Ley General de Educación (art. 29) desglosa y precisa los objetivos generales del nivel, avanzando en la inclusión de la educación en derechos humanos establecida en la LOCE al incluir el reconocimiento de derechos de los y las estudiantes, el trabajo para fomentar un "actuar de acuerdo con valores y normas de convivencia cívica, pacífica", así como "la participación activa en la vida democrática". Además se da continuidad y progresión a los objetivos relacionados con el respeto por la diversidad, explicitando la igualdad de hombres y mujeres.

El nuevo currículum de la educación básica (1° a 6° básico)[27] contempla oportunidades curriculares para el tratamiento de temáticas de derechos humanos, porque mantiene y precisa los Objetivos de Aprendizaje Transversal que incluyen un eje destinado a derechos humanos, y porque se le integra en los objetivos de aprendizaje del sector de Historia, Geografía y Ciencias Sociales y de Orientación.

No obstante, hay dos elementos de preocupación respecto a estas incorporaciones. El primero refiere al carácter de clarativo que adquieren los Objetivos de Aprendizaje Transversal dado que no tienen presencia explícita en las bases curriculares y programas de estudio de cada asignatura y nivel, haciendo poco viable su implementación. En efecto, los Objetivos Transversales han considerado tradicionalmente el desarrollo de conocimientos, habilidades y actitudes, pero en la actualidad han sido acotados curricularmente solo a la dimensión de actitudes[28], las que son explicitadas y definidas de manera específica para cada asignatura, abordando solo algunos aspectos de los objetivos de aprendizaje transversal, incluyendo los que refieren a derechos humanos. Por otra parte, las actitudes que refieren a los Objetivos de Aprendizaje Transversal se ubican únicamente en las asignaturas de Historia, Geografía y Ciencias Sociales y de Orientación, sin evidenciarse ninguna actitud o contenido de derechos humanos en otras áreas de aprendizaje, lo que implica la pérdida de la transversalidad de estos objetivos. A modo de ejemplo, preocupa que la igualdad de derechos entre hombres y mujeres incorporada en los objetivos referidos, no cuente con alguna instancia de desarrollo fuera de la asignatura de Historia, Geografía y Ciencias Sociales, y que se haya eliminado de las bases curriculares de Orientación en su proceso de construcción (UCE Mineduc, 2011). Esto fue motivo de votos disidentes en la aprobación de la versión final de las bases presentadas ante el Consejo Nacional de Educación[29]. Preocupa, además, que la escasa inclusión del tema se acote al reconocimiento de algunos personajes destacados o a roles tradicionales de época, sin cuestiona-

26 CRC Observación General Nº 7, párrs. 14, 17, 23 y 29. (CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006)

27 DS Nº 439 de 2012.

28 La Ley General de Educación ha definido que el currículum debe organizarse en torno a objetivos de aprendizaje. El MINEDUC avanzó en la construcción de bases curriculares distinguiendo dos tipos de objetivos: los disciplinares y transversales. Adicionalmente, definió actitudes, que se entienden como" disposiciones aprendidas para responder, de un modo favorable o no favorable, frente a objetos, ideas o personas; incluyen componentes afectivos, cognitivos y valorativos, que inclinan a las personas a determinados tipos de conductas o acciones. (…)Las Bases Curriculares detallan un conjunto de actitudes específicas que se espera desarrollar en cada asignatura, que emanan de los Objetivos de Aprendizaje Transversales de las Bases." (UCE, 2012 pág. 6; 2012a pág. 6; 2012b pág. 6; 2012c pág. 6).

29 Los consejeros Montt y Weinstein votaron por no aprobar las bases curriculares de Orientación dado que consideraron que era relevante "incluir con claridad temática de importancia para la formación integral del alumnado (como la formación ciudadana, la valorización del patrimonio y la identidad local y nacional, el cuidado del medio ambiente y la igualdad de género)". CNED, (2012, 22 de agosto) Acuerdo Nº 053/2012, Recuperado el 9 de octubre de 2012, de http://www.cned.cl/public/Secciones/SeccionEducacionEscolar/acuerdos/Acuerdo_053_2012.pdf

mientos a la posición y condición en que vivían las mujeres en esas épocas, con la única excepción de las actividades de 6º básico.

El segundo aspecto a relevar radica en que existen contenidos deficitarios en su enfoque de derechos humanos. Así, por ejemplo, se identifican planteamientos didácticos que podrían generar confusión o comprensiones parciales en temas como la integralidad de los derechos, por su jerarquización en función de su importancia, cuestión que es contraria a los principios de indivisibilidad e integralidad de los mismos[30]. Asimismo cabe señalar que es débil el tratamiento que se da a las obligaciones del Estado y sus instituciones, a su rol de garante de los derechos de las personas, y hay escaso trabajo en torno al reconocimiento de los mecanismos con que se puede exigir la protección de derechos[31].

En el currículum de educación básica, por su parte, se ha hecho una inclusión parcial de contenidos sobre la diversidad, particularmente en torno al reconocimiento de migrantes y con un enfoque que refuerza la carencia o la necesidad de protección de los otros diferentes y no una que resalte la igualdad en dignidad y derechos de todas las personas y el valor intrínseco que tiene la diversidad para la sociedad[32]. Por ejemplo, se establece en los programas de estudio de todas las asignaturas una orientación para atender a la diversidad en la que se señala expresamente que el trabajo docente plantea desafíos y que se debe "Intentar que todos los estudiantes logren los objetivos de aprendizaje señalados en el currículum, pese a la diversidad que se manifiesta entre ellos" (UCE, 2012 pág. 10; 2012 a, pág. 9; 2012 b, pág. 9; 2012 c, pág. 9).

En los objetivos de aprendizaje del sector de Historia y Ciencias Sociales se trabaja la diversidad y sus aportes a la sociedad chilena o global sin integrar la valoración de la diversidad en las actitudes y virtudes ciudadanas definidas para la educación básica, y centrándose solo en su tolerancia (respetar expresiones diversas) y en una empatía que no supone una relación horizontal entre las personas diferentes (cuidar o ayudar a otros, y no comprender y valorar lo diverso o el punto de vista del otro). Además, hay ausencia de referencias a personas con discapacidad, a acciones que propicien su inclusión y la eliminación de prácticas cotidianas de discriminación que les afecten. En esa misma línea, es de preocupación el tratamiento que se les da a los pueblos indígenas, sobre los que no se hace referencia a sus derechos, no se abren perspectivas de análisis histórico que permitan incluir visiones diferentes sobre procesos complejos como los de ocupación del territorio ancestral, ni se cuestionan los prejuicios que existen en torno a ellos, de acuerdo a lo establecido en los arts. 27 y 31 del Convenio 169 de la OIT, en ninguno de los programas de estudio la educación básica.

En lo que refiere a la preservación de la memoria histórica, en enero de 2012 fue necesario hacer una revisión y ajuste a las bases curriculares que habían sido aprobadas semanas antes, dadas las omisiones evidenciadas en esta materia, las que fueron señaladas por el INDH en su Informe Anual 2011 (INDH, 2011, págs. 264-265)[33]. Asimismo, los programas de estudio también fueron objeto de observación por parte del INDH[34] y del Consejo Nacional de Educación.[35]

30 En los programas de estudio de Historia, Geografía y Ciencias Sociales de 5º básico (unidad 4) y 6º básico (unidad 1) las actividades preguntan: "¿Hay algunos derechos que serían más importantes? ¿Por qué? Comparten sus respuestas con el curso o solicitando que lean "elaboran un listado para sintetizar los derechos individuales contemplados en el artículo [19º de la Constitución]. Seleccionan los tres que consideren más importantes, fundamentando su elección y los presentan ante el curso".

31 Por ejemplo, ver Programa de estudio de Historia, Geografía y Ciencias Sociales de 3º básico (unidad 4), 4º básico (unidad 4) y 6º básico (unidad 1).

32 Cabe señalar que en el proceso de construcción curricular se acotó el objetivo de aprendizaje, eliminando su contenido valorativo de la diversidad, que estaba en el proyecto borrador de las bases curriculares de Orientación (UCE Mineduc, 2011) reduciéndolo en su versión final solo a la dimensión de tolerancia o respeto frente a expresiones de diversidad (UCE Mineduc, 2012).

33 La modificación curricular fue fijada en el acuerdo Nº007/2012 del CNED, del 25 de enero de 2012, a las bases que habían sido aprobadas en el acuerdo Nº113/2011 con fecha 9 de diciembre de 2011. Adicionalmente, el CNED hizo una declaración pública en la que señaló que "Las expresiones "dictadura" y "régimen militar" relevan la controversia valórica y simbólica –como se ha expresado en estos días– que atraviesa a la sociedad chilena, por lo que este Consejo manifiesta su total disposición a revisar con celeridad una eventual propuesta del Ministerio de Educación que reformule la expresión cuestionada, de manera que el currículum nacional de Historia "tanto en las Bases curriculares como en los programas de estudio que las concreten- permita una comprensión global del proceso histórico aludido en esta controversia."(CNED, enero 2012, *Declaración Pública del Consejo Nacional de Educación*. Recuperada el 9 de octubre de http://www.cned.cl/public/Secciones/seccionGeneral/noticias/126_noticia.html)

34 INDH, Oficio Nº 141 del 31 de mayo de 2012 al Consejo Nacional de Educación.

35 CNED, Acuerdo 013/2012 punto 9.A.v, y Oficio Nº112/2012.

Con todo, los ajustes integrados por el MINEDUC a los programas de estudio mantienen una presentación centrada en factores explicativos del golpe de Estado sin establecer ninguna mediación entre esos aspectos y la imposibilidad de justificar o legitimar las violaciones de los derechos humanos[36]. No se evidencian tampoco actividades que fomenten el reconocimiento de las víctimas o el carácter sistemático de estas violaciones de derechos[37]. En consecuencia, estos ajustes han resultado insuficientes para el adecuado tratamiento de la temática a nivel de programas de estudio, habiendo vacíos y actividades que no son contundentes en el reproche a las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos acontecidas y que podrían contribuir a minimizar la gravedad de su ocurrencia.

Por su parte, la educación sexual se ha integrado por fuera del currículum oficial con programas que los establecimientos educacionales deben costear y que tienen desarrollos dispares (INDH 2011, p. 64). Por lo mismo, su inclusión no es suficiente ni adecuada, toda vez que en las bases curriculares y en los programas de estudio de Ciencias Naturales del currículum escolar, solo se incluye la presentación del sistema reproductor femenino y masculino, y en las bases curriculares de Orientación que reconocen un área de afectividad y sexualidad en el eje de crecimiento personal y autocuidado, mantienen en su abordaje pedagógico un enfoque biológico y de riesgo, más que el fomento del desarrollo de identidades. Esto es así, pese a las observaciones y recomendaciones que ha hecho el Consejo Nacional de Educación sobre la necesidad de incorporar educación sexual en la educación básica[38] y a las observaciones que los Comités de tratados han presentado al Estado de Chile sobre la necesidad de que amplíe sus esfuerzos en esta materia[39].

Integración de la EDH en la educación media

El cambio de la LOCE a la LGE significó un mayor desglose de las capacidades que se aspira alcanzar en el desarrollo personal, social y cultural de los y las estudiantes, con énfasis en aspectos relacionales o de convivencia, ya que se hace mención explícita a los sujetos de derecho y a la valoración de la vida democrática y sus instituciones así como a los derechos humanos.

El proceso de reforma curricular aún no se ha implementado en este nivel. Rige el ajuste de 2009 a nivel de bases[40], el que coexiste con programas de estudio anteriores al mismo. A pesar de la falta de coherencia actual entre los instrumentos, es posible establecer que hay una inclusión relevante en términos de recurrencia, progresión y transversalización curricular de los temas de derechos humanos vinculados a no discriminación, respeto y tolerancia, y de derechos civiles y políticos, los que se encuentran concentrados en el sector de aprendizaje de Historia y Ciencias Sociales, Filosofía y Psicología.

Los derechos económicos, sociales y culturales[41], así como los derechos de las mujeres, tienen un tratamiento indirecto y no necesariamente bajo el enfoque de derechos. En efecto, se incluyen problemas contemporáneos como la pobreza, la desigualdad y la violencia social e intrafamiliar, pero no se transmiten contenidos –ajustados a cada nivel educativo– que permitan entender los derechos a la salud, educación o vivienda como instrumentos que resguardan la dignidad de las personas, o que expliquen que su realización es progresiva pero exigible, ni tampoco se apela a los principios de igualdad y no discriminación para el tratamiento de determinadas situaciones o descripciones de condiciones de per-

36 Se plantea la necesidad de reconocer y respetar diversas opiniones sobre el período previo y posgolpe de Estado, pero se ha omitido en las actitudes la de "Demostrar valoración por la democracia, reconociendo su importancia para la convivencia y el resguardo de derechos" y "Respetar y defender la igualdad de derechos esenciales de todas las personas, sin distinción de sexo, edad, condición física, etnia, religión o situación económica", reconocidas en las bases curriculares de la asignatura y clave para el desarrollo de los contenidos de esta unidad referida a la historia reciente del país.

37 Programa de estudio de Historia, geografía y ciencias sociales 6º básico, unidad 4, actividades y orientaciones al docente.

38 Acuerdos del CNED Nº 96/2011 del 29 de septiembre de 2011, y el Nº 113/2011 del 9 de diciembre de 2011, y el oficio Nº 537 asociado a este último acuerdo.

39 CRC, CRC/C/15/Add.173, 3 de abril de 2002, párr. 42; CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párr. 56; CESCR, E/C.12/1/Add.105, 1 de diciembre de 2004, párr. 53; CEDAW/C/CHI/CO/4, 25 de agosto de 2006, párr. 18.

40 Decreto Nº 254.

41 Las Recomendaciones del Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales a Chile sugieren impartir educación en derechos humanos –y particularmente sobre los DESC– en todos los niveles educativos (E/C.12/1/Add.105, 1 de diciembre de 2004, párr. 60)

sonas, colectivos o grupos[42]. Tampoco se trata a los grupos involucrados como sujetos de derecho y hay colectivos que no tienen visibilidad curricular como las personas migrantes, la población con discapacidad, las diversidades sexuales y los niños, niñas y adolescentes. El currículum de distintos sectores de aprendizaje contempla en su último curso el abordaje de problemáticas contemporáneas, abriendo espacios para una reflexión ética que debiese robustecerse con el marco de derechos humanos[43].

En cuanto a la preservación de la memoria histórica, en el ajuste curricular (DS Nº254 de 2009) se incorporó por primera vez de manera explícita un reconocimiento a los crímenes de lesa humanidad y al desarrollo de acciones de reparación simbólica y de garantías de no repetición. Sin embargo, la carencia de programas de estudio alineados a las bases curriculares vigentes y las dificultades que ha habido en la educación básica para abordar adecuadamente estas temáticas, mantienen la preocupación sobre la formación en este campo.

INTEGRACIÓN DE LA EDH EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR UNIVERSITARIA

La educación superior presenta mayores desafíos para el cumplimiento de las obligaciones que tiene el Estado en la promoción de los derechos humanos, dada la autonomía de estas instituciones y las escasas atribuciones legales que ha resguardado para sí, para propiciar y/o regular aspectos de desarrollo de contenido en este nivel educativo. La Ley General de Educación no contempla objetivos generales para la educación superior y el Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior[44] opera bajo un modelo de acreditación voluntaria y, en los dos únicos casos de acreditación obligatoria –pedagogía y medicina–, no fija ningún estándar a resguardar en dichos procesos, más allá de la coherencia interna "en función de sus propósitos declarados y de los criterios establecidos por las respectivas comunidades académicas y profesionales"(art. 1d). El Plan Mundial de Educación en su segunda fase ha puesto énfasis en la formación superior, por lo que los Estados debiesen adoptar medidas para su implementación.

En Chile, el Estado cuenta con un conjunto de instrumentos a través de los que promueve el fortalecimiento de diversas áreas del desarrollo de la educación superior, desde sus procesos de calidad institucional y lectiva, hasta la investigación y la extensión, tales como los fondos de mejoramiento de la calidad e investigación, y los procesos de acreditación. Sin embargo, no ha incorporado en estos instrumentos ninguna línea que propicie la incorporación de derechos humanos en el quehacer formativo e investigativo de la educación superior universitaria. Así, el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior establece que "el proceso de acreditación será voluntaria y, en su desarrollo, la Comisión deberá tener en especial consideración la autonomía de cada institución. En todo caso, las instituciones de educación superior deberán reconocer y respetar siempre los principios de pluralismo, tolerancia, libertad de pensamiento y de expresión, libertad de asociación y participación de sus miembros en la vida institucional, dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República y las leyes"[45]. Pese a ello, las pautas de evaluación de la Comisión Nacional de Acreditación, que son las mismas aplicadas por las otras agencias acreditadoras validadas ante este organismo, no han incorporado esta dimensión como variable en los procesos de acreditación institucional, dado que se establece que el marco de dicho proceso se circunscribe a "evaluar el cumplimiento de su proyecto institucional y verificar la existencia de mecanismos eficaces de autorregulación y de aseguramiento de la calidad al interior de las instituciones de

42 El Programa de Historia y Ciencias Sociales de IV medio contempla como contenidos mínimos los derechos laborales así como las responsabilidades ciudadanas y los desafíos de la inserción en un mundo globalizado, propiciando una "reflexión crítica sobre los problemas y desafíos de la sociedad chilena, como la desigualdad y la superación de la pobreza, el reconocimiento de los derechos de las minorías", la violencia social e intrafamiliar, y el desarrollo sustentable" Se señalan también los desafíos de insertarse en el mundo globalizado como la pobreza y la discriminación. Valoración de los compromisos que ha asumido el Estado en materia de Derechos Humanos y en la progresiva consolidación de un orden jurídico internacional, a través de la suscripción de tratados internacionales. Problematización de las relaciones entre desarrollo económico y fortalecimiento de la democracia, y entre el derecho internacional y la soberanía nacional en el mundo contemporáneo.".

43 Las bases curriculares de Biología, Física y Química (Decreto Nº 220), así como en Filosofía, en IV medio, integran Objetivos Fundamentales (hoy Objetivos de Aprendizaje) y Contenidos Mínimos relacionados con el análisis de problemas éticos, debates y controversias de interés público.

44 Ley 20.129 del 17 de noviembre de 2006.

45 Ibídem, art. 15, inciso segundo.

educación"[46]. Tampoco se ha incorporado en los patrones y criterios de evaluación del proceso de acreditación de las de carreras (Comisión Nacional de Acreditación s/f), ya que este intenta verificar calidad "en función de sus propósitos declarados y de los criterios establecidos por las respectivas comunidades académicas y profesionales". Esto es particularmente sensible en carreras en que los derechos humanos tienen un rol preponderante como pedagogía, en donde no hay ningún criterio que refiera a estándares internacionales de educación en derechos humanos o de consideración de los y las estudiantes como sujetos de derechos, que pudiesen reflejarse directa o indirectamente en las prácticas pedagógicas (Comisión Nacional de Acreditación s/f a). En la carrera de medicina solo se incorporan algunas menciones en torno a la ética en esta última carrera y el respeto de los derechos de los pacientes (Comisión Nacional de Acreditación s/f b), y en Derecho no se evidencia ningún criterio relacionado con el conocimiento del derecho internacional, en general, y menos referido al derecho internacional de los derechos humanos (Comisión Nacional de Acreditación s/f c).

Una situación similar es la del Programa de mejoramiento de la calidad y la equidad de la educación superior (MECESUP), que opera desde 1999, y que tiene por objetivo "crear los incentivos necesarios para el mejoramiento de la calidad y eficiencia y apoyar el sistema nacional de innovación a través del aumento del inventario de capital humano avanzado" (Mineduc, 2012a). Una de las líneas de este programa ha sido la transformación curricular hacia un modelo de competencias y a la gestión institucional por resultados (Mecesup 3) en las que se incluye la flexibilidad curricular y su estructuración en créditos académicos que permita la homologación de estudios entre instituciones. Pese a que la formación por competencias de numerosos países contempla criterios relacionados con la formación ciudadana (Gonzalez, J. y R. Wagenaar, 2003, pág. 33; Beneitone et al. 2007, págs. 44-45), el sistema nacional no lo hace. Es más, la tendencia a acortar los procesos formativos tiende a dar menos espacios a la formación integral de los y las futuros profesionales, y a concentrar más fuertemente las mallas en elementos disciplinarios específicos.

46 Ley 20.129, op. cit., art. 15, inciso primero.

En el mismo sentido, no se han desarrollado políticas que incentiven el desarrollo de líneas de investigación en el campo de los derechos humanos. Pese a ello, el Estado financia algunas iniciativas a través de sus fondos de investigación académica. Así el Fondecyt Regular 2011[47], incluyó tres proyectos relacionados con temas de memoria histórica de violaciones masivas y sistemáticas en dictadura, un proyecto sobre derecho internacional de los derechos humanos y seis investigaciones sobre género y cinco sobre interculturalidad. Con todo, ello no alcanza a superar el 0,04% del total de los proyectos financiados.

La adhesión a los compromisos con una cultura democrática y respetuosa de los derechos humanos se ha delegado a las universidades, y estas instituciones no han recogido de manera suficientemente explícita su compromiso con la formación ciudadana y los derechos humanos en las misiones/visiones institucionales. En la revisión de 45 de las 52 instituciones de educación superior acreditadas, no se registró ninguna misión institucional que promueva o adhiera explícitamente a derechos humanos; casi el 50% lo hace indirectamente a través de indicadores como "la promoción del desarrollo sostenible y la justicia social", "la promoción de la comprensión y la tolerancia" o de la "igualdad entre los sujetos". En cambio, en la revisión de las visiones, dos casas de estudio hacen una referencia explícita de adhesión al marco de derechos humanos (Jorquera, 2011).

En los estudios propiciados por el INDH durante 2011 y 2012 sobre las mallas curriculares y programas de estudio de las carreras de derecho, pedagogía y periodismo pertenecientes a universidades acreditadas, se evidenció una incorporación marginal de la educación en derechos humanos, pero que incluye a más instituciones que las que integran elementos de derechos humanos en sus misiones (Jorquera 2011; Nash, 2011; Gémica 2012). En las mallas de pedagogía se identificó un 8,4% de asignaturas (de un total de 17.107) relacionadas con derechos humanos, casi todas de manera indirecta. Según los resultados de un estudio encargado al Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en derecho,

47 La información disponible en la página web no permite conocer cuántos proyectos se han presentado en total, con el fin de conocer con mayor detalle el universo total de proyectos presentados en el cual se enmarcan aquellos seleccionados.

más de la mitad de las universidades analizadas ofrece cursos específicos sobre derechos humanos, y el 50% de ellos tiene carácter obligatorio, siendo bajo el tratamiento de contenidos como las obligaciones internacionales del Estado y la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno. Además, en asignaturas obligatorias como derecho constitucional, derecho procesal penal y derecho internacional público, hay una escasa integración de los temas de derechos humanos. Por su parte, en periodismo, 11 carreras de las 20 analizadas tienen en su perfil de egreso contenidos explícitos en derechos humanos. Sin embargo, su inclusión en las mallas curriculares y en los programas de estudio es débil, orientándose a ciertos campos de derechos humanos relacionados directamente con la profesión, como la libertad de expresión o el derecho a la información; y menor inclusión en la formación relacionada con el manejo y comunicación de la información (lenguaje inclusivo y conceptos básicos de derechos humanos) como en el uso e identificación de fuentes clave en estas materias. Así, preocupa la escasa formación en derechos humanos dado que las y los comunicadores sociales son agentes relevantes en la difusión y promoción de los derechos humanos a la ciudadanía, así como quienes tienen mayores posibilidades de denunciar situaciones que implican afectación de derechos, motivando a las autoridades a reaccionar y tomar medidas.

El aporte de las universidades a la formación de los y las jóvenes como sujetos de derechos y las herramientas para el ejercicio de funciones propias de estos profesionales que tienen directa relación con los derechos humanos podría ser mayor. De hecho, una de las principales observaciones que el propio Estado hace a la implementación de la primera fase del Plan Mundial de EDH es la escasa formación que tienen los/as docentes en esta área, por lo que no están debidamente capacitados/as para educar en estas materias[48].

48 Respuesta del Estado de Chile al cuestionario sobre implementación primera fase Plan Mundial de Educación en Derechos Humanos, del 14 de abril de 2010, pregunta 27 reconoce la no formación inicial en materia de derechos humanos y el carácter voluntario de la que hay en los procesos de formación continua. Adicionalmente, en la pregunta se reconoce que esta falta de formación es un importante obstáculo para la implementación del Plan de Educación en Derechos Humanos (pregunta 32).

FORMACIÓN EN DERECHOS HUMANOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La participación de funcionarios y funcionarias públicas en el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas, el trato directo con la población y la gestión de los recursos públicos son factores que hacen especialmente relevante que los y las funcionarias cuenten con conocimientos en derechos humanos. Tal como lo reconocen diversos Comités de tratados, es necesaria la implementación de medidas de capacitación que permitan informar e interiorizar a funcionarios/as de distintos sectores del ámbito público en los contenidos específicos de los tratados internacionales de derechos humanos[49]. Los aciertos así como los déficits en la actuación del Estado, algunos de los cuales han sido abordados en los distintos capítulos de este Informe, confirman dicha necesidad.

Los procesos formativos de los que participan los funcionarios públicos han ido integrando algunos temas de derechos humanos, particularmente los relativos a igualdad de género y no discriminación, lo que representa un avance en esta materia. Además, en el presente año distintas reparticiones públicas han expresado su interés en integrar o aumentar las instancias de capacitación en derechos humanos, tanto en el Poder Judicial como en reparticiones de gobierno. Si bien y como se señaló, Chile no cuenta con un Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos, la discusión en torno a la creación de una Subsecretaría de Derechos Humanos ha ido impulsando una planificación en esta línea, tanto a través de la Oficina de Relaciones Internacionales del Ministerio de Educación como en el Ministerio de Justicia. Aún así ese proceso avanza lentamente, por lo que no se cuenta todavía con un documento que oriente la acción de Estado en la formación en derechos humanos que requieren sus propios funcionarios y funcionarias.

49 CAT art 10.1; Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad art. 4.1 i); CRC OG 5, párr. 53, OG 6, párr.75, OG7, párr. 41, OG8 párr. 48, OG12 párr. 49 y OG 13, párr. 44 d i), CCPR OG3 párr.2 y OG31 párr. 7; CESCR OG 10 3.a. Además, los comités han entregado recomendaciones específicas para Chile en materia de formación en derechos humanos: CEDAW 2006, párr.25; CESCR 2004, párr. 60; CRC/C/15/Add.173, 2002, párr. 19 c; CRC/C/CHL/CO/3, 2007, párrs 24, 39, 70 f y 72 g); EPU 2009, A/HRC/12/10, párr. 24, sobre Violencia de género; CAT/C/CHL/CO/5, 2009, párr. 20.

ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Para el análisis de la capacitación para el sector público se observaron los procesos formativos que se desarrollan en las distintas reparticiones del Estado a través de los Planes Anuales de Capacitación, aunque no todas tienen el deber de informar al Servicio Civil sobre su desarrollo, como es el caso del Ministerio de Salud y sus montos asignados. Hecha esta prevención, la información disponible muestra que el Estado destinó cerca del 0,1% del presupuesto nacional a capacitación de sus funcionarios y funcionarias, y que de ese presupuesto, solo el 1,4% (unos $158 millones) se destinó a formación en derechos humanos en 2011, cifra que representa una baja inversión considerando que temas más instrumentales logran una mayor destinación de recursos[50]. Eso aún considerando todas las capacitaciones referidas al PMG de género, la implementación de la política de Buenas Prácticas Laborales y la preparación para la implementación de la nueva ley de posnatal extendido, que representaron el 87% de las iniciativas implementadas.

Estas capacitaciones involucraron a unos 6.670[51] funcionarios y funcionarias, un 4% del total de la planta de funcionarios/as públicos/as de 2011 (65,6% mujeres y 34,4% a hombres); y se realizaron en 21 reparticiones de las 202 que reciben presupuesto para este tipo de actividad por Ley de presupuesto (13 de ellas tuvieron lugar en reparticiones regionales). Adicionalmente, se evidencia un tratamiento marginal de temas como discriminación, derechos indígenas, derechos de personas con discapacidad, migrantes y nociones generales de derechos humanos.

La cantidad de instancias de formación en derechos humanos y su cobertura sigue siendo insuficiente para apoyar la función garante del Estado e instalar en los/as funcionarios/as públicos/as una noción integral de derechos humanos, y más aún, para establecer las responsabilidades que les competen como representantes del Estado en sus prácticas cotidianas de servicio público.

50 Por ejemplo, en igual período se destinaron más de $270 millones a capacitación en Excel, un 40% más que lo destinado a derechos humanos, siendo que su cobertura (unas 4 mil personas) es un tercio menos que la que participó en instancias formativas de derechos humanos.

51 La base de datos del Servicio Civil no permite identificar a personas que hayan accedido a más de un curso o instancia de formación, por lo que puede que esta cifra sea menor.

PODER JUDICIAL

La situación de los miembros del Poder Judicial merece especial atención toda vez que cuentan con un proceso de formación regular para acceder al cargo de juez/a, con un financiamiento específico y con una institución propia para la formación como la Academia Judicial. Esta institución coordina los procesos regulares de formación así como los de habilitación para ascensos, y los programas de perfeccionamiento (capacitación) que tienen desarrollo anual, procesos con los que debe profundizar la formación universitaria o corregir los déficits que tuvo dicho proceso. Durante 2011, planificó y ejecutó un total de 739 instancias formativas, que se organizan en: dos ciclos del programa de formación regular; 326 cursos de perfeccionamiento y capacitación y tres programas de habilitación[52]. En un análisis desarrollado por el INDH sobre esta base de datos, se constató que 44 instancias formativas tienen directa relación con temas de derechos humanos, lo que representa un 6% del total de la capacitación que se implementó en dicho año, de las cuales 32 están destinadas al escalafón primario del Poder Judicial (jueces/zas y magistrados/as). La mayor parte con contenidos de derechos humanos se dio en el programa de perfeccionamiento (23 instancias, de las cuales 10 están orientadas al escalafón de empleados/as), y luego en la habilitación (nueve instancias para escalafón primario y dos para escalafón de empleados/as)[53]. La formación base, que es la que permite integrarse al Poder Judicial en calidad de juez/a, cuenta con 10 instancias concentradas en temas laborales, de debido proceso y referencias al marco general de los derechos fundamentales, identificándose vacíos de formación en las prescripciones de los programas de estudio en torno a derechos económicos, sociales y culturales, y derechos de las mujeres, y una escasa formación en derechos de los pueblos indígenas y en principios fundamentales como el de no discriminación. En 2012 los procesos de perfeccionamiento implementados hasta octubre por la Academia Judicial han incluido 24 cursos relativos a derechos humanos, con una

52 Academia Judicial, oficio Nº 049 del 23 de enero de 2012.

53 Para el análisis por escalafón, se complementó la información del Oficio con el detalle de capacitaciones publicados por la academia judicial sobre licitaciones, adquisiciones y contrataciones (Recuperado el 7 de mayo de 2012 de http://www.academiajudicial.cl/transparencia/)

inversión cercana al 8% del total del presupuesto devengado en este tipo de actividades, lo que representa un leve incremento respecto del año anterior[54].

GENDARMERÍA DE CHILE

Otro caso que merece atención es el de los funcionarios y funcionarias de Gendarmería de Chile. Esta institución cuenta con una escuela de formación que es la encargada de la instrucción de oficiales penitenciarios y de gendarmes; una unidad de capacitación en diversos temas para los funcionarios y una Unidad de Derechos Humanos, creada durante 2012, orientada a la implementación de programas de educación y difusión de derechos humanos. En el programa de formación de oficiales, de una duración de cuatro semestres, se incluye un ramo de derechos humanos, durante el segundo semestre. Del mismo modo, en el curso de gendarmes, de una duración de dos semestres, se incluye en el primero de estos una asignatura de Ética Penitenciaria y derechos humanos[55]. El INDH ha firmado un convenio de colaboración con Gendarmería, que entre otros aspectos incluye el apoyo a las acciones de educación de derechos humanos. En este marco, se ha apoyado la realización de un diplomado para oficiales dictado por ANEPE, en el que se incluyó un módulo de derechos humanos dictado por el INDH, se ha acompañado la realización de jornadas de difusión en las regiones de Aysén, Metropolitana y de Los Lagos, y se ha colaborado con la Unidad de Derechos Humanos en la elaboración de material didáctico. Asimismo, en conjunto con ACNUDH se ha acordado la realización futura de un diplomado en derechos humanos para funcionarios y funcionarias de Gendarmería.

Producto de este diagnóstico, el INDH inició en 2011 un Diplomado en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en conjunto con el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, al que fueron invitados los Ministerios cuya función se relaciona más directamente con la protección y promoción de derechos humanos. En su segunda versión en 2012, contó con el patrocinio y la colaboración del Ministerio de Justicia y del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y se amplió la convocatoria a representantes de todos los poderes del Estado. Así este año se triplicó la convocatoria inscribiéndose finalmente 40 personas provenientes de 29 reparticiones públicas que incluyen Ministerios, Gendarmería, Carabineros, PDI, Consejo para la Transparencia, Congreso Nacional, Cortes de Apelaciones y Juzgados de primera instancia, entre otros. De esta forma, el INDH contribuye con la formación de funcionarias y funcionarios públicos que tienen responsabilidad en el diseño y ejecución de políticas públicas, en la administración de justicia y en la elaboración de leyes.

FUERZAS ARMAS Y DE ORDEN Y SEGURIDAD

Desde la década del 90 y con anterioridad a la implementación del Plan Mundial de Educación en Derechos Humanos, Chile ha ido incluyendo los derechos humanos en el currículum de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad. Aun así es necesario revisar y fortalecer dichos procesos dado que un mejoramiento en la formación en derechos humanos debiera impactar de manera positiva en el modo de relacionarse de estos agentes del Estado con la comunidad, y así prevenir problemas como los que se mencionan en algunos capítulos de este Informe[56].

En el análisis de los currículums de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad se identifican contenidos específicos de derecho humanitario en todas estas instituciones y los tratamientos específicos sobre grupos de protección especial –al alero del derecho humanitario–, particularmente en Carabineros y en la Policía de Investigaciones. Asimismo, en todas estas instituciones se trabaja en torno a la Declaración Universal y la Carta Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, el avance no ha sido homogéneo y se evidencia una aproximación reducida respecto al amplio campo de derechos humanos, así como fuertes diferencias

54 Información actualizada al 6 de noviembre de 2011 en la página web institucional de la Academia Judicial. Respecto a los programas de formación y los de habilitación, solo están disponible el nombre de los cursos, razón por la cual no es posible avanzar hacia un análisis de incorporación de contenidos de derechos humanos. (Recuperado el 12 de noviembre de 2012 de http://www.academiajudicial.cl/transparencia/)

55 El INDH no ha tenido acceso a los programas de estos cursos, y por tanto no conoce los contenidos específicos que se abordan en ellos.

56 Ver capítulo sobre seguridad democrática y derechos humanos, y capítulo sobre derechos de los pueblos indígenas en este Informe.

en la profundidad, extensión y cantidad de horas destinadas a la formación en derechos humanos que reciben oficiales y suboficiales, y entre las distintas instituciones de defensa y seguridad.

Así, los temas de derechos humanos no tienen un claro asiento en los programas de formación regular de escuelas matrices y academias, según evidencia el análisis de las mallas y listados de contenido analizados por el INDH sobre los cursos identificados por las propias instituciones como destinados a derechos humanos o que incluyen temas de esta materia[57]. Preocupa en ese sentido la carencia de acciones educativas formales, permanentes y sistemáticas para la prevención de la tortura, que sólo se integra curricularmente en un curso de especialización normativo de oficiales de Carabineros de Chile, sin que se haya encontrado en los listados de contenidos de los cursos dictados a suboficiales de Carabineros, ni en los de ninguna rama de las Fuerzas Armadas ni en los cursos de la Policía de Investigaciones, desarrollados durante 2011. En esa misma línea, ninguno de los procesos formativos incluye los temas de memoria histórica de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, omisión que no es consistente con las obligaciones internacionales y con las recomendaciones realizadas al Estado de Chile en esta materia[58].

Por otra parte, el tratamiento de la formación que se imparte respecto a las obligaciones de respeto, protección y garantía de derechos humanos en general y el rol de las Fuerzas de Defensa y Orden y Seguridad como garantes es limitada, como también lo es el tratamiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos referidos a los derechos de niños, niñas y adolescentes, los derechos de los pueblos indígenas y los de las mujeres, que solo son abordados en la formación de Carabineros de Chile.

57 Oficio Nº 428 del 22 de marzo de 2011 de la Dirección General de Carabineros; Oficio Ord. Nº 495 del 21 de diciembre de 2010 de la Jefatura de Educación Policial de la Policía de Investigaciones de Chile; CJE AUGE SC I g ® Nº 6800/151 del 17 de febrero de 2011 de la Comandancia en Jefe del Ejército; EMG. DP. SDE (P) Nº 4078/I.N.DD. Hh del 20 de diciembre de 2010 de la Comandancia en Jefe de la Fuerza Aérea; Carta Ord. Nº 3850/0513-E/2471 del 14 de febrero de 2011.

58 Así lo señala la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 23) y los Principios de Van Boven y Bassiouni como reparación simbólica a las víctimas y garantía de no repetición de este tipo de crímenes de lesa humanidad, E/CN.4/2004/57, apéndice I art. 25.

A modo de ejemplo se puede señalar que, en el caso de la Fuerza Aérea y la Armada, no se identificó ningún contenido que trabaje directamente el rol de las y los uniformados en el respeto y garantía de los derechos humanos. En el caso de la Marina, los cursos de ética y moral presentados mantienen como base de aprendizaje orientaciones que pueden derivar en situaciones de discriminación, particularmente en materia de libertad de credo o religiosa (Díaz, 2006, págs. 79-80); hecho que responde a las orientaciones dadas en su Ordenanza General[59], al plantearse en el curso obligatorio de Moral dictado a grumetes navales y a grumetes infantes de marina, una visión religiosa monista ("la existencia de dios" como unidad temática), así como una unidad temática que incluye como contenido el "matrimonio canónico" y se trabaja como "modelo a la familia Prat-Carvajal", restringiendo otros arreglos familiares posibles.

En el caso del Ejército, de los 22 cursos que integran los derechos humanos, solo cinco hacen referencia al rol que les compete como uniformados en la protección de los mismos. Dichos cursos, todos asociados al Derecho Internacional Humanitario, incluyen algunos de los estatutos que establecen límites del uso de la fuerza en situaciones de conflicto, y en uno de ellos se da relevancia a la responsabilidad de mando (obligaciones del comandante respecto de los derechos fundamentales) sin señalar las responsabilidades que caben a todos los miembros del Ejército, independientemente de su escalafón. Adicionalmente la única referencia a la Corte Penal Internacional (asignatura Derecho Jurídico y DIH) incluye los eximentes de responsabilidad, en vez de reforzar, dado el carácter introductorio del curso, la importancia de esta instancia internacional desde el punto de vista de derechos humanos.

En el caso de Carabineros de Chile se constata un mayor número de instancias formativas (cursos y módulos temáticos) que integran derechos humanos, que la evidenciada en los procesos formativos de otros agentes de defensa y seguridad, la que se complementa además con charlas y talleres orientados a temáticas específicas como derechos y

59 Decreto Supremo 487 del 21 de abril de 1988, art. 178, que señala que "No es posible concebir un buen marino, si, a la vez, no es un buen cristiano; puesto que Dios es la fuente primera de todo cuanto existe".

protección de la niñez, que dicta Unicef. Aún así, los temas de derechos humanos se abordan desde lo normativo o legal y no logran permear o articularse con la práctica y los protocolos de actuación.

En este escenario, se destaca la labor que está desarrollando la Policía de Investigaciones, que con asesoría del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ha generado un Manual de Autoinstrucción que busca avanzar hacia el establecimiento de una visión reflexiva del marco de derechos humanos, apelando a situaciones dilemáticas que enfrentan detectives e inspectores/as. Se requerirá de un tiempo de aplicación y de una evaluación de resultados para opinar sobre el avance que representa en estos procesos formativos.

El INDH, junto con observar el modo como se ha integrado la educación en derechos humanos en las Fuerzas Armadas, y de Orden y Seguridad, ha establecido relaciones de colaboración para promover los derechos humanos, que en el caso de la PDI y de Carabineros se han materializado en la firma de convenios. Además, con Carabineros se ha avanzado en acciones específicas como la participación de esta institución en el IV Coloquio Interamericano de Educación en Derechos Humanos, organizado por el Instituto, y en la dictación por parte del INDH de cursos y ponencias para el personal de esta institución[60].

En relación con las Fuerzas Armadas, durante 2012 se ha manifestado disposición de colaborar y avanzar en el ajuste y armonización de la formación de estos agentes del Estado con los estándares internacionales, profundizando el proceso iniciado. Así, las conversaciones con el Ministerio de Defensa, han cristalizado en la solicitud al INDH de generar una propuesta de actualización curricular en materia de derechos humanos, la que se entregará en diciembre de este año.

60 Primer Curso de Formación de Instructores de Derechos Humanos Aplicados a la Función Policial, en la que además del INDH participa la Unicef y la Cruz Roja. Adicionalmente, un/a funcionario/a de carabineros participa del Diplomado de Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con cupo gratuito financiado por el INDH.

BIBLIOGRAFÍA

Beneitone, P.; Esquetini, C.; González, J.; Marty Maletá, M.; Siufi, G. y R. Wagenaar. (2007). *Reflexiones y perspectivas de la Educación Superior en América Latina. Informe final – Proyecto Tuning-América Latina 2004-2007.* España: Universidad de Deusto y Universidad de Groningen.

CAT. (2004). *Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Chile.* CAT/C/CR/32/5, 14 de junio de 2004.

CAT. (2009). *Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Chile.* CAT/C/CHL/CO/5, 14 de mayo de 2009.

CCPR. (2007). *Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile.* CCPR/C/CHL/CO/5, 17 abril 2007.

CCPR. (2009). *Examen periódico universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal: Chile.* A/HRC/12/10, 4 de junio de 2009.

CERD. (2009). *Examen de los informes presentados por los estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Chile.* CERD/C/CHL/CO/15-18, 13 de agosto de 2009.

Chile. (2004). *Modifica la Ley Nº 18.962, Orgánica Constitucional De Enseñanza, para promover los Derechos Humanos.* Ley Nº 19.938 publicada en el Diario Oficial del 30 de enero de 2004.

Chile. (2009). *Ley General de Educación.* Ley Nº 20.370 2 publicada en el Diario Oficial del 12 de septiembre de 2009.

Chile. (2010). *Fija texto Refundido la Ley General de Educación y la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza en sus partes no derogadas.* DS Nº 2 publicada en el Diario Oficial del 2 de julio de 2010

Chile. (2012). Ley que establece medidas contra la discriminación. Ley 20.609 publicada en el Diario Oficial del 24 de julio de 2012.

Cisterna, J. (2012, 8 de julio). "Capitán (R) y homenaje a Pinochet: Irán los que se identifican con el mejor gobierno de Chile". *Radio Biobío.* Recuperado el 29 de octubre de 2012 de http://www.biobiochile.cl/2012/06/08/capitan-r-y-homenaje-a-pinochet-iran-los-que-se-identifican-con-el-mejor-gobierno-de-chile.shtml.

CMW. (2011). *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 74 de la Convención Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares: Chile.* CMW/C/CHL/CO/1, 23 de septiembre de 2011.

CNA. (s/f). Manual de pares Evaluadores. Guía para la evaluación externa con fines de acreditación carreras y programas de pregrado. Santiago: Comisión Nacional de Acreditación, CNA-Chile.

CNA. (s/f a). Criterios de evaluación de carreras de Educación. Santiago: Comisión Nacional de Acreditación.

CNA. (s/f b). Criterios de evaluación de carreras de Medicina. Santiago: Comisión Nacional de Acreditación.

CNA. (s/f c). Criterios de evaluación de carreras de Derecho. Santiago: Comisión Nacional de Acreditación.

Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. (1990). *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. Santiago,* CNVR.

Consejo Nacional de Educación. (2011). Acuerdo Nº 96/2011.

Consejo Nacional de Educación. (2011a). Acuerdo Nº 113/2011.

Consejo Nacional de Educación. (2012). Acuerdo Nº 6/2012.

Consejo Nacional de Educación. (2012a). Acuerdo Nº 7/2012.

Consejo Nacional de Educación. (2012b). Acuerdo Nº 013/2012.

Consejo Nacional de Educación. (2012c). Acuerdo Nº 034/2012.

Consejo Nacional de Educación. (2012d). Acuerdo Nº 053/2012.

CEDAW. (2006). *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile.* CEDAW/C/CHI/CO/4, 25 de agosto de 2006.

CRC. (2001). *Observación General Nº 1. Párrafo 1 del artículo 29: Propósito de la Educación.* CRC/GC/2001/1. Ginebra.

CRC. (2002). *Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño: Chile.* CRC/C/15/Add.173, 3 de abril de 2002.

CRC. (2006). Observación General Nº 7 (2005) *Realización de los derechos del niño en la primera infancia.* CRC/C/GC/7/Rev.120 de septiembre de 2006.

CRC. (2007). *Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Chile.* CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007.

Díaz, L. (2006). "Fuerzas Armadas, Moral y Religión. El caso chileno". *Estudios de Defensa Documentos de Trabajo* Nº 17. Pontificia Universidad Católica de Chile.

EFE. (2012, 12 de enero). Insólita protesta por eliminación de la palabra "dictadura" en textos escolares. *La Segunda.* Recuperado el 29 de octubre de 2012 de http://www.lasegunda.com/Noticias/Nacional/2012/01/712704/Insolita-protesta-por-eliminacion-de-la-palabra-dictadura-en-textos-escolares

EMOL, Márquez de la Plata: Homenaje a Krassnoff es "por lo que ha sufrido". (2012, 18 de noviembre). *Emol*. Recuperado el 22 de octubre de 2012 de http://www.emol.com/noticias/nacional/2011/11/18/513417/marquez-de-la-plata-krassnoff-tendra-homenaje-por-lo-que-ha-sufrido.html

Garrido, S. (2011, 25 de noviembre). Marcha por reducción de horas de historia termina con cinco detenidos en Santiago. *Radio Biobío.* Recuperado el 29 de octubre de 2012 de http://www.biobiochile.cl/2010/11/25/marcha-por-reduccion-de-horas-de-historia-termina-con-cinco-detenidos-en-santiago.shtml

González, J. y R. Wagenaar. (2003). *Tuning Educational Structures in Europe. Final Report Phase One.* España: Universidad de Deusto y Universidad de Groningen.

Jorquera, C. (2011). "Formación inicial docente y Derechos Humanos: diagnóstico de las carreras de pedagogía". Seminario Internacional Universidad y Derechos Humanos. Santiago: Instituto Nacional de Derechos Humanos.

INDH. (2011). *Situación de los derechos humanos en Chile.* Informe Anual 2011. Santiago: INDH.

INDH. (2011 a). Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos. Santiago: INDH.

La Nación. (2012, 12 de septiembre). *recuperado el 29 de octubre de 2012 de* (http://www.lanacion.cl/movilh-denuncio-nueva-discriminacion-por-reglamento-de-las-ffaa/noticias/2012-09-12/125738.html)

Ministerio de Educación. (2010). Respuesta al cuestionario sobre implementación primera fase Plan Mundial de Educación en derechos Humanos.

Ministerio de Educación. (2012). Bases curriculares de la Educación básica. DS Nº439.

Ministerio de Educación. (2012a). *¿Qué es el Mecesup?* Recuperado el 9 de octubre de 2012 de http://www.mineduc.cl/index2.php?id_portal=59&id_seccion=3586&id_contenido=14892

Muñoz, V. (2005). *Informe del Relator Espacial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz Villalobos.* Ginebra, E/CN.4/2005/50

Nash, C. (2011). "Diagnóstico sobre la incorporación de los derechos humanos en las carreras de Derecho en Chile". Seminario Internacional Universidad y Derechos Humanos. Santiago: Instituto Nacional de Derechos Humanos.

OACDH. (2004). *Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe* (1989-2004). Santiago: OACH/PNUD.

OACDH/UNESCO. (2006). *Plan de Acción. Programa Mundial para la educación en derechos Humanos. Primera Etapa.* Nueva York: ONU.

OACDH. (2010). *Plan de acción para la segunda etapa (2010-2014) del Programa Mundial para la educación en derechos humanos.* A/HRC/15/28. Nueva York: ONU.

OEA. (2011). *Indicadores de Progreso para Medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador.* Washington, D.C., OEA/Ser.L/XXV. 2.1/ GT PSS/doc.2/11 rev. 2.

ONU. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos.*

ONU. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.*

ONU. (2011). *Declaración de las Naciones Unidas sobre Educación y Formación en materia de Derechos Humanos.* A/res/66/137. Nueva York: ONU.

Passi, F. (2012, 7 de septiembre). Denunciante de discriminación en el Ejército narra "humillaciones" y "seguimientos". *La Tercera.* Recuperado el 29 de octubre de 2012 de http://www.latercera.com/noticia/nacional/2012/09/680-482291-9-denunciante-de-discriminacion-en-el-ejercito-narra-humillaciones-y-seguimientos.shtml

Tomasevsky, K. (2004). *Informe presentado por la sra. Katarina Tomasevsky. Relatora especial del derecho a la educación. Ginebra,* E/CN.4/2004/45. Ginebra: OACDH.

Unesco. (2002). *Elementos de una estrategia global de la Unesco en materia de derechos humanos.* 165/EX/10, 20 de septiembre de 2002. Paris.

Unidad de Currículum y Evaluación. (2011). *Bases curriculares Consulta Pública. Orientación. Noviembre 2011. Ministerio de Educación.*

Unidad de Currículum y Evaluación. (2011). *Bases curriculares 2012. Educación Básica, segundata etapa. Aprobadas por el Consejo Nacional de Educaión mediante acuerdo Nº 053/agosto 2012. Ministerio de Educación.*

UCE. (2012). *Programas de Estudio de Lenguaje Educación Básica.* Unidad de Currículum y Evaluación, Ministerio de Educación.

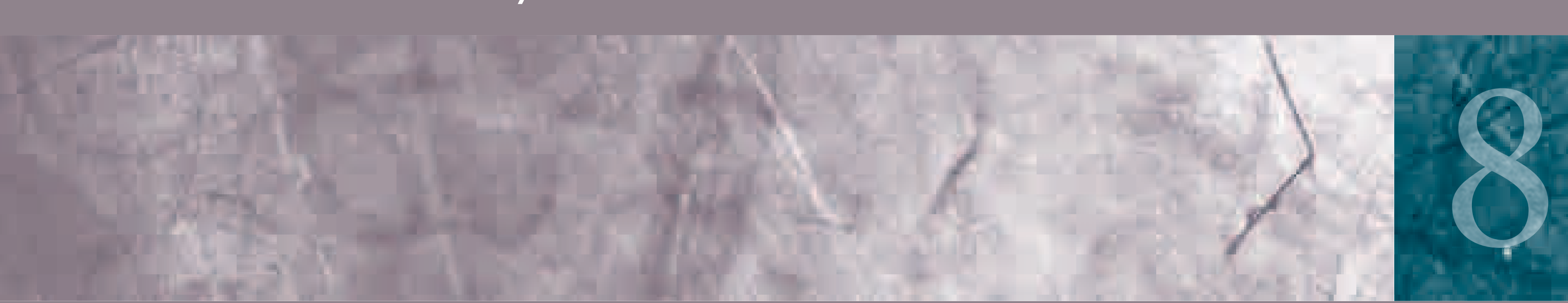
UCE. (2012a). *Programas de Estudio de Matemáticas Educación Básica.* Unidad de Currículum y Evaluación, Ministerio de Educación.

UCE. (2012b). *Programas de Estudio de Ciencias Naturales. Educación Básica.* Unidad de Currículum y Evaluación, Ministerio de Educación.

UCE. (2012c). *Programas de Estudio de Historia, Geografía y Ciencias Sociales. Educación Básica.* Unidad de Currículum y Evaluación, Ministerio de Educación.

Vargas, F. Parlamentarios y personalidades internacionales apoyan homenaje a Pinochet. (2012, 10 de junio). *Emol.* Recuperado el 22 de ocubre de 2012 de http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/06/08/544623/homenaje-a-pinochet-contaria-con-presencia-de-parlamentarios-oficialistas-e-invitados-internacionales.html

Medios de comunicación social y derechos humanos



1

MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL Y DERECHOS HUMANOS



Fotografía: Enrique Cerda



1 MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL Y DERECHOS HUMANOS

ANTECEDENTES

Existe una directa relación entre democracia, derechos humanos y medios de comunicación social. Una democracia requiere una ciudadanía informada, participativa, que pueda fiscalizar diariamente a las autoridades públicas y, en ese sentido, los medios de comunicación constituyen una fuente de información esencial. Asimismo, los medios de comunicación tienen la posibilidad de denunciar prácticas, políticas o normas que constituyan una violación a los derechos fundamentales de las personas.

Los medios construyen realidades y desde esa construcción determinan qué hechos son los relevantes de dar a conocer y desde qué perspectiva hacerlo. Esto último no es indiferente para los derechos humanos, en razón que los medios de comunicación juegan un rol preponderante en la construcción o el refuerzo de estereotipos de grupos vulnerados que, generalmente, no tienen acceso a esos medios para plantear sus puntos de vista.

En este sentido, la pluralidad en los medios de comunicación es fundamental para que la ciudadanía tenga acceso a diversas fuentes de información, donde cada una ofrecerá diferentes énfasis, con distintas líneas editoriales y con diversas posturas frente a los hechos. Esto enriquece el debate democrático, refleja la pluralidad de opiniones de una sociedad y construye una realidad más acorde a la diversidad de la ciudadanía. Por lo mismo, para el derecho internacional de los derechos humanos, la concentración en los medios de comunicación es uno de los principales indicadores a través de los cuales se mide el pluralismo informativo. De acuerdo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, "la concentración en la propiedad de los medios de comunicación masiva es una de las mayores amenazas para el pluralismo y la diversidad en la información" (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2004, p. 131). Así, la concentración en la propiedad de los medios limita el acceso a la información por parte de la ciudadanía, derecho fundamental en una democracia. La Corte IDH ha señalado que "es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre"[1].

En 2012, según el ranking de libertad de expresión de Reporteros Sin Fronteras (RSF), Chile bajó en el último año del puesto 33 al 80, lo que se debería, entre otros factores, a la concentración de los medios de comunicación y a la discriminación a las radios comunitarias en relación con las radios comerciales. En efecto, dicho informe plantea que "la prensa chilena padece una dramática concentración de los medios de comunicación, que se encuentran en manos de dos grandes grupos de comunicación: Copesa (que edita el diario La Tercera) y El Mercurio", agregando en cuanto a la comunicación comunitaria que "disponen de poco margen de acción en un espacio radiofónico que pertenece en más de 60% al grupo español Prisa" (Reporteros Sin Fronteras, 2012b).

Si bien en las últimas décadas se han creado medios digitales, favoreciendo la pluralidad informativa, el acceso a internet aún no es universal, lo que limita el acceso a dichos medios. De hecho, según la CASEN 2011, en un 51,8% de los hogares no hay computador y en los hogares que sí cuentan con uno, el 49,8% no tiene internet por ser demasiado caro, un

1 Corte IDH. Opinión Consultiva 5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas. 13 de noviembre de 1985, párr. 70.

9,1% no tiene porque nadie sabe usarlo y un 2,1% porque no existe servicio donde vive (Ministerio de Desarrollo Social, 2012).

El presente capítulo analiza, por un lado, como a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, la concentración en la propiedad de los medios de comunicación existente en Chile implica una afectación de la libertad de expresión tanto en su dimensión individual (derecho de todas las personas a expresarse), como social (acceso a fuentes plurales de información por parte de la sociedad).

Por otro lado, el capítulo revisa la forma en que algunos medios de comunicación han cubierto hechos que involucran a grupos vulnerados como migrantes o el pueblo mapuche, cobertura que ha sido reprochada desde el punto de vista de los derechos humanos y sancionada. Al respecto, el INDH presentó ante el Consejo Nacional de Televisión (CNTV) un requerimiento contra Televisión Nacional de Chile (TVN) por vulneración al correcto funcionamiento del medio, en un programa sobre migrantes de nacionalidad colombiana. Asimismo, en enero de 2012, diversas organizaciones dedicadas a las comunicaciones llevaron a cabo una Misión de Observación a medios de comunicación en La Araucanía, producto de la cual se criticó cómo los medios de comunicación tradicionales ofrecen estereotipos del pueblo mapuche y el escaso acceso de éstos a los medios de comunicación comunitarios.

NORMAS NACIONALES Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN DERECHOS HUMANOS

Tanto el derecho internacional de los derechos humanos como la normativa nacional regulan el derecho a la libertad de expresión y, en particular, la libertad de prensa. En relación con los medios de comunicación, el derecho internacional de los derechos humanos ha planteado un conjunto de estándares en la materia. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 19, establece que "toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección". El Comité de Derechos Humanos ha planteado que "la existencia de medios de prensa y otros medios de comunicación libres y exentos de censura y de trabas es esencial en cualquier sociedad para asegurar la libertad de opinión y expresión y el goce de otros derechos reconocidos por el Pacto. Es una de las piedras angulares de toda sociedad democrática. [E]llo comporta la existencia de una prensa y otros medios de comunicación libres y capaces de comentar cuestiones públicas sin censura ni limitaciones, así como de informar a la opinión pública"[2].

A nivel interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el derecho a la libertad de expresión en su art. 13, planteando específicamente sobre medios de comunicación en su párrafo tercero que "no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

Para la Corte IDH, la libertad de expresión tiene una doble dimensión, es decir, "que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento [lo que] representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno"[3]. Agrega la Corte que "la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que

2 Comité de Derechos Humanos. Observación General 34 sobre libertad de opinión y libertad de expresión de fecha 12 de septiembre de 2011. CCPR/C/GC/34, párr. 13.

3 Corte IDH. Opinión Consultiva 5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas. 13 de noviembre de 1985, párr. 30.

sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas"[4]. Asimismo, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, plantea que "los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos"[5].

En línea con lo anterior, la Corte IDH también ha señalado que "la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica "medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones"[6]. Así entonces, "la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre"[7].

4 Ibídem, párr. 34.

5 Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión. Principio Nº 12. Aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108º período ordinario de sesiones en octubre de 2000.

6 Corte IDH. Opinión Consultiva 5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas. 13 de noviembre de 1985, párr. 56.

7 Ibídem, párr. 70.

Asimismo, en cuanto a las concesiones de radiodifusión televisiva o radial, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA (Relatoría) ha señalado que "la regulación que pueden y deben realizar los Estados en materia de radiodifusión está destinada a crear un marco en el cual sea posible el más amplio, libre e independiente ejercicio de la libertad de expresión por la más diversa cantidad de grupos o personas, de forma tal que se asegure al mismo tiempo que esta facultad no será usada como forma de censura y que se garanticen la diversidad y la pluralidad" (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2009, pág. 4). Específicamente, acerca de las radios comunitarias, la Relatoría ha planteado que "desempeñan una función esencial no sólo en el proceso de inclusión social, sino como mecanismos para fomentar la cultura e historia, y para el desarrollo y educación de las distintas comunidades" (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2009, pág. 27), y por lo mismo, su "regulación debería permitirles a estos medios de comunicación diferentes fuentes de financiamiento; entre ellas la posibilidad de recibir publicidad en tanto existan otras garantías que impidan el ejercicio de competencia desleal con otras radios y siempre que no interfiera en su finalidad social" (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2009, pág. 30).

A nivel nacional, la Constitución establece en el art. 19 Nº12 diversas normas en relación con los medios de comunicación social. Así, tras asegurar la libertad de toda persona para emitir opinión e informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, el artículo señala en su inciso segundo que "la Ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social". Asimismo, establece que "toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar, mantener diarios, revistas y periódicos en las condiciones que señale la ley". En materia de televisión, el art. 19 Nº 12 permite que el Estado establezca, opere y mantenga estaciones de televisión. Finalmente, la Constitución crea el Consejo Nacional de Televisión como un órgano autónomo con personalidad jurídica cuya función principal es velar por el correcto funcionamiento de la televisión, lo que está desarrollado con mayor detalle en su Ley 18.838.

Diversas leyes reglamentan la labor de los medios de comunicación. Una de ellas es la Ley 19.733 sobre libertades

de opinión e información y ejercicio del periodismo, la que junto con reiterar ciertas garantías constitucionales ya señaladas –como la libertad para fundar, crear y mantener medios de comunicación o la libertad para emitir opinión y recibir información–, define a los medios de comunicación social en su artículo 2 como "aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado". Asimismo, el artículo 3 establece que "el pluralismo en el sistema informativo favorecerá la expresión de la diversidad social, cultural, política y regional del país. Con este propósito se asegurará la libertad de fundar, editar, establecer, operar y mantener medios de comunicación social".

Una segunda ley de relevancia es la 18.838 que regula el Consejo Nacional de Televisión. En su artículo 1 señala como función principal "velar por el correcto funcionamiento de los servicios de televisión y, para tal fin, tendrá su supervigilancia y fiscalización, en cuanto al contenido de las emisiones que a través de ellos se efectúen". Así, define correcto funcionamiento como "el permanente respeto, a través de su programación, a los valores morales y culturales propios de la Nación; a la dignidad de las personas; a la protección de la familia; al pluralismo; a la democracia; a la paz; a la protección del medio ambiente, y a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud dentro de dicho marco valórico". La infracción al correcto funcionamiento puede acarrear como sanción la amonestación al canal de televisión, la imposición de una multa no inferior a 20 ni superior a 200 UTM, la suspensión de las transmisiones hasta por siete días o la revocación de la concesión televisiva (art. 33).

Por su parte, la Ley 18.168 General de Telecomunicaciones regula el sistema de concesiones de radiodifusión, definiendo la telecomunicación en su artículo 1 como "toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos e informaciones de cualquier naturaleza, por línea física, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos". A continuación, el artículo 2 establece que "todos los habitantes de la República tendrán libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones y cualquier persona podrá optar a las concesiones y permisos en la forma y condiciones que establece la ley".

Finalmente, en mayo de 2010 fue publicada la Ley 20.433 que crea los Servicios de Radiodifusión Comunitaria Ciudadana (conocida como "Ley de radios comunitarias"), la que no entrega una definición de lo que entiende por estas radios, sino que se limita a señalar que tales radios "tendrán como zona de servicio máxima una comuna o una agrupación de comunas, conforme al ámbito de acción comunitaria de la entidad concesionaria" (art. 1 inciso segundo). Esta norma, en relación a la cobertura, circunscribe su transmisión a una amplitud determinada –25 watts máximo– y a una comuna o conjunto de comunas.

Del mismo modo, esta Ley no permite la transmisión de avisos comerciales en estas radios en razón de que no persiguen fines de lucro, pero sí permite menciones comerciales, entendidas como "el saludo o agradecimiento a una entidad, empresa, establecimiento o local comercial, indicando únicamente su nombre y dirección" (art. 13). Esto implica un obstáculo para las radios comunitarias, ya que les limita una fuente de ingreso primordial en todo medio de comunicación como es la publicidad. Junto a lo anterior, el artículo 13 prohíbe también que estos medios difundan propaganda electoral o política. Desde una perspectiva de derechos humanos, esto último implica una restricción ilegítima al acceso a la información, principalmente en época de elecciones donde la información es un elemento fundamental a la hora de decidir por quién votar. Tal como plantea la Corte IDH "es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación"[8]. Parte de generar las condiciones es asegurar el acceso a la información por todos los medios que sean necesarios, entre los cuales se encuentran las radios comunitarias.

MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN CHILE

Tal como establecen los estándares internacionales, la existencia de medios de comunicación autónomos y pluralistas en una democracia es un aspecto fundamental, ya que inciden en el debate público, informan a la sociedad, y pueden

8 Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 16 de junio de 2005, párr. 195.

interpelar a las autoridades. En este sentido, la existencia de una concentración en la propiedad de los medios de comunicación social, tal como lo han demostrado diversos estudios, es un aspecto preocupante en Chile[9].

Esta concentración en la propiedad es un fenómeno presente en los últimos 40 años. El 11 de septiembre de 1973, mediante el Bando Nº 15[10], la Junta Militar resolvió autorizar "solamente la emisión de los siguientes diarios: El Mercurio y La Tercera de la Hora"[11], advirtiendo que "la emisión de todo otro órgano de prensa escrita que no sea la debidamente autorizada será requisada y destruida"[12]. Esto implicó el cierre de un conjunto de medios contrarios a la dictadura como "Clarín", "La Prensa", "Puro Chile", "Tribuna", "El Siglo", "Las Noticias de Última Hora" y "La Tarde" (Couso, 2012, pág. 134). En este sentido, "con el golpe miliar se quebró el sistema democrático de comunicación, que había caracterizado al país por más de cincuenta años. Los medios de comunicación se vieron afectados por una combinación de medidas como confiscaciones, restricciones legales y represión física a los periodistas y comunicadores, todos ellos dispositivos de censura que buscaban desmovilizar y despolitizar a la población" (Rivera, 2008).

Con la recuperación de la democracia en 1990 no hubo mayores cambios en la situación de los medios de comunicación. La Constitución prohíbe el monopolio del Estado sobre los medios de comunicación, pero nada señala respecto a los monopolios privados, cuando en ambos casos –monopolio público o privado– se afecta el derecho a la libertad de expresión y el derecho de la sociedad a acceder a una pluralidad de fuentes de información. En este sentido, el Estado tiene un deber de promover la pluralidad en los medios de comunicación en la sociedad como mecanismo de asegurar la doble dimensión de la libertad de expresión, es decir, establecer garantías para una mayor pluralidad de voces informativas y que la sociedad acceda a esta información.

PRENSA ESCRITA

La prensa escrita juega un rol relevante en la determinación de la pauta del resto de los medios de comunicación en radio, televisión y digitales (Couso, 2012). En este sentido, en Chile existen dos grandes conglomerados periodísticos que concentran la propiedad sobre la prensa escrita, que son los mismos que el citado Bando Nº 15 de la Junta Militar permitió seguir funcionando tras el 11 de septiembre de 1973. Uno de ellos es el Grupo Copesa, Consorcio Periodístico de Chile S.A., cuyo dueño en un 83,3% es Álvaro Saieh, y que está compuesto por los periódicos La Tercera, La Cuarta, La Hora, Pulso, El Diario de Concepción y la revista Qué Pasa. El Grupo Copesa, además, es dueño del Grupo Dial compuesto por seis radioestaciones y otras empresas, entre ellas, Meta, encargada de servicios de distribución, elemento fundamental para la difusión de medios de prensa escritos.

El segundo conglomerado es El Mercurio S.A.P., dueño de los periódicos El Mercurio, Las Últimas Noticias y La Segunda. Además es propietario de 25 diarios regionales a lo largo del país y de dos radioestaciones[13]. Los periódicos del Grupo Copesa y El Mercurio S.A.P. son los que tienen mayor nivel de circulación y lectura[14].

9 Al respecto ver Sunkel, Guillermo y Geoffroy, Esteban. Concentración económica de los medios de comunicación. Peculiaridades del caso chileno. 2001; Corrales, Osvaldo y Sandoval, Juan. Concentración del Mercado de los Medios, pluralismo y libertad de expresión. 2005; e Informe Anual sobre los Derechos Humanos en Chile 2010. Centro de Derechos Humanos. Universidad Diego Portales. 2010.

10 Los Bandos están regulados en el Código de Justicia Militar en su art. 77 estableciendo que "el General en Jefe del Ejército o el General Comandante de una División o Cuerpo de Ejército que opere por separado, tendrá autoridad para promulgar los bandos que creyere conveniente dictar para la seguridad y disciplina de las tropas; y estos bandos, como las penas que impusieren, obligarán a cuantas personas sigan al Ejército, sin excepción de clase, estado, condición o sexo". No obstante lo anterior, al inicio de la dictadura la Junta Militar utilizó esta herramienta para establecer normas de carácter general para toda la población, civil y militar.

11 Junta Militar. Bando Nº 15 sobre Censura y Clausura de medios de prensa. 11 de septiembre de 1973. Disponible en http://www.archivochile.com/Dictadura_militar/doc_jm_gob_pino8/DMdocjm0021.pdf.

12 Ibídem.

13 Información disponible en www.elmercuriomediacenter.cl. Los medios regionales son: La Estrella de Arica, La Estrella de Iquique, El Mercurio de Antofagasta, El Mercurio de Calama, La Estrella del Norte, La Estrella del Loa, La Estrella de Tocopilla, El Diario de Atacama, El Ovallino de Ovalle, El Diario de La Serena, La Estrella de Quillota, El Líder de San Antonio, El Líder de Melipilla, El Rancaguino de Rancagua, La Estrella del Huasco, El Mercurio de Valparaíso, La Estrella de Valparaíso, La Tribuna, El Andino de Los Andes, El Observador, El Sur, La Estrella de Concepción, Crónica de Chillán, La Prensa de Curicó, El Centro, El Austral de La Araucanía, El Austral de Los Ríos, El Austral de Osorno, El Llanquihue de Puerto Montt, La Estrella de Chiloé y La Prensa Austral.

14 No se considera para estos efectos los periódicos de circulación gratuita (La Hora y Publimetro), sino que solamente aquellos que se venden.

CUADRO PROMEDIO DE LECTORES
(ENERO – JUNIO 2012)

	LUNES A VIERNES	SÁBADO Y DOMINGO
El Mercurio	323.657	528.649
Las Últimas Noticias	319.489	341.337
La Tercera	245.544	427.067
La Cuarta	361.903	411.893

Fuente: Valida. Boletín de Circulación y Lectoría Diarios 1er semestre 2012.

Uno de los pocos diarios que no pertenece a estos conglomerados es La Nación, del cual el Estado es propietario mayoritario en un 70%. En septiembre de 2012, el Poder Ejecutivo anunció el cierre de este diario, el cual había dejado de imprimirse desde noviembre de 2010, funcionando solamente en su versión digital. El gobierno explicó el cierre en base a que, por una parte, considera que el Estado no debe tener un medio de comunicación y, por otra parte, en virtud de que al estar integrada La Nación por un socio privado minoritario, este adquiría parte de la rentabilidad que producía el Diario Oficial (El Dínamo, 2012).

Desde el punto de vista de los derechos humanos, el cierre de este medio preocupa en tanto reduce la oferta de prensa escrita existente en el mercado. En este sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha dicho que si los medios "están controlados por un número reducido de individuos o sectores sociales, o bien por uno solo, se genera una carencia de pluralidad que impide el funcionamiento de la democracia. La democracia requiere del enfrentamiento de ideas, del debate y de la discusión. Cuando este debate es inexistente o se encuentra debilitado porque las fuentes de información son limitadas, se ataca "el pilar principal del funcionamiento democrático" (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2004, pág. 132).

Al respecto, el Colegio de Periodistas señaló que "la determinación de liquidar al diario se sustenta más en una decisión política del actual mandato del Presidente Sebastián Piñera que en una razón técnica, económica o, como han dicho algunos personeros oficialistas, a la necesidad de que sea el mercado, y no el Estado, el que regule la libertad de expresión e información"[15]. Por su parte, un grupo de diputados presentó un proyecto de acuerdo con el objetivo de elevar el estatus jurídico de La Nación a la de un diario público con una administración independiente, plural y transparente, pero el proyecto fue rechazado por la Cámara[16]. La sociedad Colliguay, socia minoritaria del periódico, presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago con el objetivo de evitar la liquidación de la sociedad, el cual está pendiente de resolución a la fecha de cierre de este informe.

Adicionalmente, la decisión suscitó comentarios en el ámbito de los derechos humanos a propósito del valor que este diario tuvo durante la dictadura, el cual ofreció información sobre los hechos que ocurrían que no era publicada por otros medios de comunicación.

En conclusión, y tal como señala la Relatoría, "la existencia de prácticas monopólicas y oligopólicas en la propiedad de los medios de comunicación social afecta seriamente la libertad de expresión y el derecho de información de los ciudadanos de los Estados miembros, y no son compatibles con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática" (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2004, pág. 153). La pluralidad de medios amplía la posibilidad de difundir una mayor diversidad de voces, lo que permite, a su vez, que la ciudadanía acceda a un mercado variado y libre de ideas, enriqueciendo así el debate público democrático.

En este sentido, es deber del Estado llevar a cabo acciones que permitan abrir el mercado informativo a voces diferentes a las del oligopolio conformado por el Grupo Copesa y El Mercurio S.A.P. Una de estas acciones dice relación con los criterios de distribución de la publicidad oficial. Tal como señala la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, "la publicidad estatal con frecuencia ofrece medios a voces que, sin la ayuda financiera del Estado, no podrían sobrevivir. La creciente consolidación de la propiedad y la propiedad cruzada de medios de comunicación significa que los periódicos y las estaciones de radio y televisión más pequeños enfrentan una competencia cada vez más fuerte por los ingresos de la publicidad disponibles[…] La publicidad estatal

15 Colegio de Periodistas, Declaración Pública de 14 de octubre de 2012, punto 3.

16 Proyecto de Acuerdo Nº 752 para la adopción de medidas respecto al Diario La Nación. La Cámara de Diputados rechazó el proyecto por 52 votos contra 49 a favor.

puede compensar los vastos recursos de la comunicación controlados por intereses empresariales o por los círculos financieros, pues pueden ampliar la voz de periodistas y medios de comunicación locales, de los medios más pequeños y de los que critican a las empresas" (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2003, pág. 188).

La publicidad oficial no debe ser utilizada como un medio indirecto de restricción a la libertad de expresión. Por lo mismo, el Estado debe definir este gasto considerando en qué medida la publicidad oficial es una herramienta relevante para garantizar el pluralismo informativo de los medios de comunicación. Así, "la distribución arbitraria de publicidad oficial, como otros mecanismos de censura indirecta, opera sobre distintos tipos de necesidades que los medios de comunicación tienen para funcionar e intereses que pueden afectarlos. Es una forma de presión que actúa como premio o castigo que tiene por objeto condicionar la línea editorial de un medio según la voluntad de quien ejerce la presión" (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2012, pág. 6).

RADIODIFUSIÓN

A diferencia de la prensa escrita, la radiodifusión es un área con mayor control estatal, ya que su ejercicio depende del otorgamiento de una concesión sobre una frecuencia, la que es otorgada por la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel). Esto se debe a que las frecuencias son un bien escaso, por lo que el Estado debe administrarlas y otorgarlas conforme a principios objetivos, técnicos y en pos del pluralismo informativo. Tal como señala la Relatoría para la libertad de Expresión, "la regulación que pueden y deben realizar los Estados en materia de radiodifusión está destinada a crear un marco en el cual sea posible el más amplio, libre e independiente ejercicio de la libertad de expresión por la más diversa cantidad de grupos o personas, de forma tal que se asegure al mismo tiempo que esta facultad no será usada como forma de censura y que se garanticen la diversidad y la pluralidad" (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2009, pág. 4).

En esta área en los últimos años se ha producido también una concentración en la propiedad provocada principalmente por la entrada en el mercado de la empresa española Prisa[17] al adquirir el Grupo radial Claxon S.A. –hoy Ibero Americana Radio Chile o IARC–. Así, tal como informa IARC en su página web, son propietarias de 212 frecuencias y de 11 radioemisoras (Imagina, Pudahuel, Concierto, ADN, Futuro, Radioactiva, Rock & Pop, Radio Uno, FM Dos, Corazón y 40 principales)[18]. Esto implica, tal como constata Reporteros Sin Fronteras, que "el grupo español Prisa posee cerca del 60% de las frecuencias radiofónicas" (Reporteros Sin Fronteras, 2012a, pág. 66).

Hace unos años, al conocer de esta compra, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia reconoció que dicha adquisición de emisoras produciría una concentración de medios radiales y, no obstante, autorizó la operación. El Tribunal planteó que "la principal barrera a la entrada que enfrenta un potencial competidor es la obtención de una concesión para la transmisión de señales de radio. Adicionalmente, el hecho que exista un conglomerado que cuente con un número importante de radios y con participación significativa en el mercado, sea en términos nacionales o en determinados segmentos del mismo, es probable que aumente los costos de formar una cadena de radios que permita desafiar la posición de dominio de la empresa resultante de la operación de concentración"[19]. En ningún pasaje de la sentencia el Tribunal aplica una perspectiva de derechos humanos, a excepción del voto disidente del Ministro Menchaca, quien planteó que debía atenderse al "consumidor de los servicios informativos que presta la radio, que si bien no pagan por escucharla, se podrían ver severamente afectados en su derecho al pluralismo informativo –que a su vez es necesario para garantizar las libertades de opinión e información que pretende proteger la Ley 19.733– en caso que se concentre excesivamente el mercado de dichos servicios"[20]. Llevado el caso ante la Corte Suprema, esta ratificó el fallo del TDLC

17 Promotora de Informaciones Sociedad Anónima (PRISA), es dueña entre otras empresas, del Diario El País y la Editorial Santillana.

18 Ver http://www.crc.cl/comercial.htm. Las frecuencias permiten transmitir en una zona geográfica determinada, por lo que una radio para transmitir en todo Chile, requiere la concesión de más de una frecuencia. Por eso la diferencia entre el número de frecuencias y el número de emisoras.

19 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución 20/2007. Rol NC 173-06. Sentencia de 27 de julio de 2007, considerando 57.

20 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución 20/2007. Rol NC 173-06. Sentencia de 27 de julio de 2007, voto disidente del Ministro Mechaca, considerando 3.

señalando que "del análisis de los antecedentes de la causa aparece que las medidas dispuestas por la sentencia que se revisa por esta vía aparecen como suficientes y adecuadas para cautelar la libre competencia, garantizando así la pluralidad de medios y con ello la libertad de expresión y la diversidad de la información"[21].

Además de IARC, el espectro nacional de radios comerciales está compuesto por i) la Compañía Chilena de Comunicaciones, dueños de Cooperativa y Universo; ii) Canal 13, que a través de Radiodifusión SpA, son propietarios de Play FM, Sonar y en septiembre de este año el TDLC permitió la compra de las radios Oasis y Horizonte a Julián García Reyes[22]; iii) Grupo Bezanilla, dueños de Infinita, FM Tiempo y Romántica; iv) Bio Bio comunicaciones, dueños de radio Bio Bio, El Carbón (que transmite solo en la VIII y IX región) y Radio Punto 7; v) Diarios Regionales de El Mercurio, dueños de Digital FM y Positiva FM; vi) Grupo Copesa, que a través del Grupo Dial son dueños de Paula FM, Duna, Carolina, Disney, Zero y Beethoven; y otras radios no conglomeradas en grupos empresariales como Agricultura que pertenece a la Sociedad Nacional de Agricultura.

Además de las radios comerciales también existen en Chile las radios comunitarias, las que con anterioridad a la Ley 20.433 eran denominadas de mínima cobertura. Según la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, estas radios "son, en muchos casos, y cuando actúan en el marco de la legalidad, las que ocupan los espacios que dejan los medios masivos; se erigen como medios que canalizan la expresión donde los integrantes del sector pobre suele tener mayores oportunidades de acceso y participación en relación a las posibilidades que pudieran tener en los medios tradicionales" (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2002, pág. 8). Asimismo, para la Asociación Mundial de Radios Comunitarias (AMARC), "el reconocimiento y diferenciación de los medios comunitarios "[…] debe tener como objetivo garantizar el derecho a la información, a la comunicación y a la libertad de expresión, asegurar la diversidad y pluralidad de medios y promover este sector" (AMARC, 2010, pág. 47).

Pese a que la publicación de una ley específica (20.433) que regula estos medios fue valorado por profesionales que se desempeñan en este ámbito[23], a los problemas normativos ya analizados se debe sumar un problema de ejecución de la norma, referido a la reserva de espectro en FM para radios comunitarias establecido por el art. 3 de la Ley. La Ley establece un espacio reservado para estos medios entre el 107.1 y el 107.9, ampliándolo para casos específicos de zonas con mayor población como la Región Metropolitana. Así, la Subtel debe llevar a cabo un proceso complejo que implica por una parte reposicionar a radios comerciales situadas en ese espacio y posicionar a las cerca de 400 radios comunitarias existentes en Chile dentro del espectro reservado en FM. Según la propia Subtel, hasta el 15 de noviembre de 2012 se recibirían todos los documentos de las radios comunitarias para llevar a cabo el proceso de acreditación para el traslado de frecuencia, por lo que la asignación definitiva se realizará con posterioridad a esa fecha[24]. Bajo estas condiciones, solo un máximo de dos radios comunitarias pueden funcionar bajo un territorio determinado, en una reserva de espectro que es aproximadamente el 5% del total, quedando un 95% para radios comerciales, que tienen una potencia 250 veces mayor a una comunitaria y con la posibilidad de vender publicidad[25]. No obstante la complejidad del proceso, es deber del Estado garantizar un acceso equitativo al espectro. El Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la OSCE sobre Libertad de los Medios de Comunicación, el Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión y la Relatora Especial de la CADHP

21 Corte Suprema. Rol Nº 4578-07. Sentencia del 22 de noviembre de 2007, considerando 6º.

22 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Rol Nº 41/2012. 27 de septiembre de 2012.

23 Entre ellos, María Pia Matta, Presidenta de AMARC; Rosario Puga, de La Morada; y Paulina Acevedo, del Observatorio Ciudadano. Ver Informe de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, 2010, capítulo "Libertad de expresión: Acceso a la información y libertad de comunicación", pág. 167.

24 Subsecretaría de Telecomunicaciones. Oficio Nº 7048 de 7 de septiembre de 2012, en respuesta al INDH. Cabe precisar que para el INDH no es posible en este Informe Anual 2012 revisar el cumplimiento de las fechas informadas por la Subtel en el oficio, ya que tanto metodológicamente como por razones de imprenta, el Informe Anual 2012 revisa hechos ocurridos hasta el 31 de octubre de 2012.

25 Asociación Mundial de Radios Comunitarias, Fundación Pro Bono, MapuExpress y Unión Sudamericana de Corresponsales Internacionales. Informe Misión de Observación sobre libertad de expresión en medios de comunicación y radios comunitarias mapuche. Enero de 2012. Anexo. Disponible en http://www.radiotierra.info/node/4196. El informe contó con la colaboración del Observatorio del Derecho a la Comunicación de los Pueblos Indígenas.

sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información, en declaración conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, señalaron que "se debe asignar suficiente 'espacio' para la transmisión de las diferentes plataformas de comunicación para asegurar que el público, como un todo, pueda recibir un espectro variado de servicios de medios de comunicación. En términos de difusión terrestre, ya sea análoga o digital, esto implica una asignación apropiada de las frecuencias para usos de radiodifusión" (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2009, pág. 47).

El Estado, en virtud de los estándares internacionales de los derechos humanos, debe promover la radiodifusión comunitaria, de manera tal de incrementar las voces en el espectro radioeléctrico, lo que redunda en un beneficio para la ciudadanía que tendrá acceso a un mercado de ideas más amplio y robusto.

TELEVISIÓN

A partir de los años cincuenta, universidades como la Pontificia Universidad Católica (PUC), la Universidad de Chile (UCH) o la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (PUCV), comenzaron a desarrollar proyectos de investigación en materia de televisión, que derivaron en las primeras transmisiones de corto alcance. Ante la creación de Canal 13 (1959), Chilevisión (1960) y Televisión Nacional de Chile (1969), en 1970 se produce una regularización de sus transmisiones, y se les otorga concesiones indefinidas de transmisión, lo que permanece hasta el día de hoy (Anguita, 2005). Posteriormente, a partir de la recuperación de la democracia se otorgaron concesiones de televisión por un máximo de 25 años, con derecho preferente de renovación para quienes se adjudicaran tales concesiones. Este es el caso de los canales Mega (del Grupo Bethia) y La Red (del Grupo mexicano Albavisión).

El fundamento de las concesiones indefinidas se basaba en que las labores televisivas de las universidades serían principalmente culturales, donde la televisión no estaba inserta en un mercado como el de hoy con un alto interés empresarial en la adquisición de una frecuencia, bien escaso, regulado por el Estado y otorgado en concesión por el Consejo Nacional de Televisión. Así, las universidades han vendido sus estaciones a grupos empresariales. La PUC vendió el 67% de su propiedad al Grupo Luksic y la Universidad de Chile arrienda su frecuencia a Chilevisión, propiedad de Time Warner[26].

Los estándares internacionales en la materia señalan la facultad del Estado de administrar las frecuencias para radio y televisión con el objetivo de optimizar su uso en pos del pluralismo informativo. En ese sentido, se requiere un análisis crítico para proponer eventuales cambios en la situación nacional en tanto la interpretación realizada hasta el momento por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respecto a las operaciones mercantiles de este tipo, donde lo que está en juego es la cesión de un bien escaso como es la frecuencia televisiva, no está logrando garantizar la pluralidad informativa.

En la actualidad, el debate está instalado en el Congreso con el proyecto de ley sobre televisión digital (Boletín 6190-19), que a la fecha de cierre de este Informe está en segundo trámite constitucional en el Senado. El debate es relevante para los derechos humanos, ya que el paso de la televisión análoga a la digital implica la posibilidad de aumentar la oferta de canales y, con ello, incrementar el pluralismo informativo. Chile adoptó en 2009 el modelo japonés de televisión digital conocido como *Integrated Services Digital Broadcasting*[27] (ISDB-T), el cual permitiría, según expertos, "una mejor calidad de recepción por las condiciones geográficas, haciendo posible también que se capte la televisión abierta gratuita en celulares, así como desplegando alta definición y una mayor diversidad de canales que beneficiarán a todos los habitantes" (Bustos, 2010).

Desde una perspectiva de derechos humanos, más allá del modelo específico que un Estado adopte, este debiera traducirse en un mayor pluralismo informativo que asegure el igual acceso a los procesos de adjudicación de las concesiones como también un uso óptimo del espectro por parte

26 Como referencia del interés empresarial en la televisión, el Grupo Bethia pagó en marzo de 2012 US$182 millones de dólares por el 100% de Mega. Por su parte, durante 2010 el Grupo Luksic compró el 67% de Canal 13 en US$55 millones de dólares, y la internacional Turner Broadcasting Systems adquirió Chilevisión en US$144 millones de dólares.

27 Servicios Integrados de Radiodifusión Digital. Las otras dos opciones eran el modelo estadounidense (ATSC) y el europeo (DVB-T).

de todo tipo de medios de comunicación (comercial, público o comunitario). Tal como señala la Relatoría Especial para la libertad de Expresión, "el desarrollo tecnológico ofrece una oportunidad fundamental para garantizar acceso a las frecuencias a personas o sectores generalmente marginados o excluidos. En este sentido, el desafío en estos tiempos, y en el futuro inmediato, es convertir la actual desigualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en una oportunidad digital para todos y todas" (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2009, pág. 21).

MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y GRUPOS VULNERADOS

El debate en torno a los medios de comunicación en el país también gira en torno a cómo estos informan las noticias y hechos de interés público donde se ven afectadas personas o grupos vulnerados. Así, se ha planteado que "la falta de participación equitativa impide el desarrollo de sociedades democráticas y pluralistas, exacerbando la intolerancia y la discriminación. La inclusión de todos los sectores de la sociedad en los procesos de comunicación, decisión y desarrollo es fundamental para que sus necesidades, opiniones e intereses sean contemplados en el diseño de políticas y en la toma de decisiones" (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2002, pág. 135).

Los medios de comunicación pueden crear en sus relatos estereotipos hacia grupos vulnerados, construyendo o reforzando prejuicios sociales y, por ende, propiciando un trato discriminatorio hacia los mismos. Por ello, es necesaria la existencia de una labor periodística no solo apegada a las normas legales que las regulan, sino que también a límites ético-profesionales que determinan su actuar.

Un caso que refleja la relevancia de este tema para la garantía de los derechos humanos ha sido la cobertura de las demandas del pueblo mapuche. El 2004, Rodolfo Stavenhagen, entonces Relator Especial sobre los Derechos Indígenas y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, recomendó en su visita a Chile que "los medios de comunicación existentes en Chile redoblen los esfuerzos para dar amplia cobertura balanceada y equilibrada a las necesidades y la situación de los pueblos indígenas así como a las situaciones de conflicto social en las regiones indígenas"[28]. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha planteado que "a efectos de la protección de los derechos de los usuarios de los medios de comunicación, entre ellos los miembros de las minorías étnicas y lingüísticas, a recibir una amplia variedad de informaciones e ideas, los Estados partes deberían poner especial empeño en promover medios de comunicación independientes y diversificados"[29].

El llamado de los organismos internacionales de derechos humanos es a desarrollar una labor periodística que evite la estigmatización, el prejuicio y los estereotipos sobre el pueblo mapuche como personas, dando una cobertura periodísticamente rigurosa sobre los hechos. No obstante lo anterior, según una Misión de Observación a comunidades mapuche realizada por AMARC, entre otras organizaciones, "ante hechos de violencia ocurridos en zonas aledañas a comunidades mapuche, la prensa inmediatamente imputa responsabilidad y cataloga como terroristas a los detenidos mapuche, quienes principalmente son dirigentes y autoridades ancestrales" (AMARC, 2012, pág. 5).

En un segundo caso, el Consejo Nacional de Televisión sancionó con una multa de 200 UTM a cuatro canales de televisión abierta (CHV, TVN, Canal 13 y Mega) por la manera "truculenta y sensacionalista" en que informó sobre el incendio en la cárcel de San Miguel en diciembre de 2010[30]. Dicha resolución fue ratificada por la Corte Suprema en contra de Mega (que impugnó judicialmente la resolución), estableciendo en su sentencia que "es posible constatar la presencia del factor de reproche que se les atribuyó, cual es la intromisión y sobreexposición del estado de extrema vulnerabilidad emocional de los familiares de los internos que se hallaban en el recinto carcelario afectado por el incendio"[31]. Ya anteriormente, el Consejo de Ética de los Medios de Comunicación había señalado –respecto de la cobertura

28 Relatoría Especial sobre los Derechos Indígenas y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas. Informe de Misión a Chile. E/CN.4/2004/80/Add.3, párr. 86.

29 Comité de Derechos Humanos. Observación General Nº 34 sobre libertad de opinión y libertad de expresión. CCPR/C/GC/34. 12 de septiembre de 2011, párr. 14.

30 Consejo Nacional de Televisión. Acta de Sesión Ordinaria de 14 de marzo de 2010. Puntos 10, 11, 12 y 13.

31 Corte Suprema. Rol Nº 6030-2012. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Considerando octavo.

de este hecho–, "la necesidad de observar las pautas éticas contenidas en las resoluciones del Consejo, buscar la verdad y respetar la dignidad; la vida privada y el dolor de las personas involucradas en un suceso informativo"[32].

Así, es motivo de preocupación para el INDH el modo en que algunos medios de comunicación dan cobertura periodística a hechos delictuales en sectores de escasos recursos socioeconómicos, difundiendo muchas veces imágenes que estigmatizan a las personas que allí viven. Sobre este punto el INDH recurrió ante la Contraloría General de la República (CGR), exponiendo que "existen fundadas razones para sostener la ilegalidad de toda forma de autorización, expresa o tácita, de parte de Carabineros o la PDI y a favor de particulares para que éstos [medios de comunicación] asistan y/o participen en compañía de funcionarios públicos policiales de todas aquellas actuaciones vinculadas a la investigación de un delito"[33]. En su dictamen, la CGR resolvió que "no constituye una transgresión al ordenamiento jurídico, el que los servicios públicos en examen admitan la presencia de los medios de prensa –con el debido resguardo de la identidad y de los derechos de los afectados–, en los procedimientos que realizan en razón de sus atribuciones legales, en materia preventiva y de control"[34].

La labor de los medios de comunicación es fundamental en una democracia y la libertad de prensa ampara que puedan buscar la información y difundirla, aún más si es de interés público. Con todo, el derecho en virtud del cual una persona se presume inocente hasta que una sentencia firme y ejecutoriada demuestre lo contrario, obliga al Estado y, en este caso a las Fuerzas de Orden y Seguridad así como a los medios de comunicación social, a tomar los debidos resguardos para garantizar el respeto de este derecho en la cobertura realizada.

También se ha llamado la atención sobre el rol de los medios de comunicación en la cobertura de las manifestaciones sociales. Si bien los medios deben informar sobre los hechos de violencia que ocurren en el contexto de manifestaciones sociales y el Estado debe investigarlos, asimismo, los medio tienen el deber de entregar información completa, permitiendo que la ciudadanía acceda también a información referida a las demandas sociales que se plantean en tales manifestaciones.

En referencia a una denuncia contra Canal 13 y su noticiario transmitido el 16 de junio de 2011, el CNTV planteó que "si bien en la mayoría de las notas reseñadas es notoria la predominancia en sus imágenes de los desmanes ocurridos en forma simultánea al hecho de la marcha convocada por los estudiantes, no es menos cierto, que su audio da cuenta cabal de sus motivos y del pliego de las demandas estudiantiles, produciendo así, en la suma de los aspectos señalados, una cuantía suficiente de información sobre los hechos"[35].

Paralelamente, en los meses de junio y julio de 2011, TVN utilizó la imagen de un adolescente encapuchado para presentar noticias relacionadas con marchas estudiantiles en tres noticiarios centrales de días distintos[36]. Tras la queja del Colegio de Periodistas por contravenir el Código de Ética, TVN reconoció su error (Colegio de Periodistas, 2011). Específicamente, el art. 17 de dicho código establece que "el material gráfico y los titulares siempre deberán guardar concordancia con los textos que les corresponden, de modo que el lector, televidente o auditor no sea inducido a confusión o engaño".

Asimismo, los medios de comunicación pueden jugar un rol preponderante en integrar al debate público a grupos vulnerados como las personas con discapacidad. Así, la utilización de lengua de señas en algunas transmisiones de televisión implica un paso relevante en el acceso a la información de estas personas, lo que les permite a su vez participar de manera informada en el debate público. En este sentido, el Estado debe establecer una legislación adecuada en la materia que impida que la discapacidad sea un obstáculo en el acceso a la información de los medios de comunicación.

32 Consejo de Ética de los Medios de Comunicación. Comunicado Público del 16 de diciembre de 2010.

33 Instituto Nacional de Derechos Humanos. Oficio Nº 7 solicitando a la Contraloría General de la República dictamen sobre materia que indica. 10 de enero de 2012, pág. 4.

34 Contraloría General de la República. Dictamen Nº 59.172, de 26 de septiembre de 2009.

35 Consejo Nacional de Televisión. Caso Nº 427/2011. Acta sesión ordinaria de 1º de agosto de 2011. Punto 17.

36 Corresponde al noticiario 24 Horas transmitido los días 14 y 26 de junio y 11 de julio, todos de 2011.

El rol de los medios de comunicación también es relevante en la lucha contra el racismo, la discriminación racial y la xenofobia. En particular, la Declaración de la Conferencia Mundial contra el Racismo consigna que "algunos medios de comunicación, al promover imágenes falsas y estereotipos negativos de grupos y personas vulnerables, en particular migrantes y refugiados, han contribuido a la difusión de sentimientos racistas y xenófobos entre el público y, en algunos casos, han alentado la violencia por parte de individuos y grupos racistas"[37].

El pasado 10 y 17 de junio, TVN emitió el programa "Inmigrantes ilegales y narcotráfico en Chile" dentro de la temporada de "Informe Especial", que en varias de sus partes promovió imágenes falsas y estereotipos sobre la población colombiana. A propósito de esta situación, el INDH expresó al CNTV que "los pasajes del reportaje individualizado dan tres mensajes cuestionables en relación a las personas de nacionalidad colombiana: a) las personas de nacionalidad colombiana y su vínculo directo con la delincuencia y otros hechos de violencia; b) las personas de nacionalidad colombiana presentarían costumbres insalubres; c) las personas de nacionalidad colombiana y su vínculo directo con el aumento de enfermedades de transmisión sexual"[38]. En consecuencia, el INDH solicitó al CNTV que TVN a futuro adoptara las medidas necesarias para que los canales de televisión no contribuyan a la creación o reproducción de estereotipos sobre las personas inmigrantes y respete sus derechos en la cobertura de las noticias y en investigaciones periodísticas. La interpelación del INDH no fue la única; en el acta de la sesión ordinaria que revisó la materia se da cuenta de cuatro denuncias al mismo programa[39]. El Consejo Nacional de Televisión concluyó que la dignidad personal de los inmigrantes de origen colombiano fue vulnerada y acordó, por unanimidad, formular cargos contra Televisión Nacional de Chile, lo cual marca un importante precedente a ser tomado en cuenta por los medios televisivos.

Si bien principal responsable de respetar, promover y proteger los derechos humanos es el Estado, esto no implica que las personas naturales y jurídicas estén ajenas a este deber. Tal como establecen los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de Naciones Unidas, la responsabilidad de respetar estos derechos exige a las empresas que "eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan", como también que "traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos"[40]. En este sentido, los medios de comunicación, como empresas informativas, deben respetar los estándares de derechos humanos en las actividades que desarrollan, y entre estos, no contribuir a generar estereotipos y tratos discriminatorios.

37 Declaración y Programa de Acción de Durban, párr. 88 y ss.

38 Instituto Nacional de Derechos Humanos. Oficio Nº 311 dirigido al CNTV. 28 agosto 2012.

39 Consejo Nacional de Televisión. Acta de la sesión ordinaria de 3 de septiembre de 2012, punto 11.

40 Naciones Unidas. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. A/HRC/17/31. 21 de marzo de 2011, principio 13, letras a y b.

BIBLIOGRAFÍA

AMARC. (2010). *Principios para garantizar la diversidad y el pluralismo en la radiodifusión y los servicios de comunicación audiovisual.* Buenos Aires.

AMARC. (2012). *Informe Misión de Observación sobre libertad de expresión en medios de comunicación y radios comunitarias mapuche.*

Anguita, P. (2005). *El derecho a la información en Chile. Análisis de la Ley 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo.*

Bustos, H. (enero de 2010). Televisión digital: en espera del modelo japonés. *Cuerpo Diplomático*(180). Obtenido de Cuerpo Diplomático: http://www.cuerpodiplomatico.cl/ciencia-y-tecnologia/television-digital-en-espera-del-modelo-japones.htm

Colegio de Periodistas. (26 de julio de 2011). *Colegio de Periodistas: TVN reconoce error en uso de imagen de encapuchado para graficar movilizaciones.* Recuperado el 30 de octubre de 2012, de http://www.colegiodeperiodistas.cl/index.php/inicio/noticia-2

Couso, J. (2012). El mercado como obstáculo a la libertad de expresión: La concentración de la prensa escrita en Chile en la era democrática. En B. Sorj, *Democracia y Medios de Comunicación.* Buenos Aires.

El Dínamo. (24 de septiembre de 2012). *Cierre de La Nación: Chadwick anuncia que Interior se hará cargo del Diario Oficial.* Recuperado el 17 de octubre de 2012, de http://www.eldinamo.cl/2012/09/24/cierre-de-la-nacion-chadwick-anuncia-que-interior-se-hara-cargo-del-diario-oficial/

Fiss, O. (1999). *La ironía de la libertad de expresión.* Barcelona: Gedisa.

Labrín, J. M. (2011). *Informe FInal. Análisis de la cobertura y tratamiento de los conflictos indígenas 2010-2011.* Universidad de Chile y Unesco, Santiago.

Lagos, C. (Ed.). (2009). *El Diario de Agustín.* Santiago: LOM Ediciones.

Matta, P. (3 de septiembre de 2012). *La presión ilícita de PRISA.* Recuperado el 31 de octubre de 2012, de http://www.elmostrador.cl/opinion/2012/09/03/la-presion-ilicita-de-prisa/

Ministerio de Desarrollo Social. (2012). *Encuesta Casen 2011*. From Observatorio Social: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/layout/doc/casen/publicaciones/2011/situacion_ocupacional_previsional_e_ingresos_del_trabajo.pdf

Monckeberg, M. O. (2009). *Los magnates de la prensa. Concentración de los medios de comunicación en Chile*. Santiago: Debate.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. (2002). *Informe Anual 2002.* Washington DC.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. (2003). *Informe Anual 2003*. Washington DC.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. (2004). *Informe Anual 2004.* Washington DC.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. (2009). *Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente.* Washington DC.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. (2012). *Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión.* Washingtn DC.

Reporteros Sin Fronteras. (2012a). *Informe Anual 2011.*

Reporteros Sin Fronteras. (2012b). *Chile*. From http://es.rsf.org/report-chile,171.html

Rivera, C. (junio de 2008). La verdad está en los hechos: Una tensión entre objetividad y oposición. Radio Cooperativa en dictadura. *Historia, 41.*

Universidad Diego Portales. (2010). *Informe Anual sobre los Derechos Humanos en Chile.* Santiago: Ediciones UDP.

Valida. (2012). *Boletín de Circulación y lectoría Diarios 1er Semestre 2012.* Recuperado el 30 de octubre de 2012, de http://www.valida-chile.cl/boletines/boletines-2012.html

Zúñiga, M. (14 de septiembre de 2012). *Carta al Director.* Recuperado el 31 de octubre de 2012, de http://www.elmostrador.cl/opinion/2012/09/14/carta-respuesta-a-maria-pia-matta/

RECOMENDACIONES



1 RECOMENDACIONES GENERALES

En cumplimiento de las facultades que otorga la Ley 20.405, el INDH realiza aquí recomendaciones generales para el debido resguardo y respeto de los derechos humanos (artículo 3), que complementan aquellas que se realizan en materias específicas para cada capítulo del presente Informe Anual 2012. Las recomendaciones se refieren solamente a aquellos ámbitos abordados en el presente informe o que están pendientes de años anteriores.

Estas recomendaciones están dirigidas a todos los poderes del Estado y hacen referencia a dimensiones transversales. Las mismas buscan contribuir a mejorar el diagnóstico, la comprensión de los problemas y la efectividad de la acción estatal en materia de promoción y protección de los derechos humanos de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos.

1. **Producción de información pública.** Como ya se recomendó en 2011, la generación de información es central para realizar diagnósticos y diseñar políticas públicas pertinentes. El INDH reitera su llamado a los poderes del Estado a producir información necesaria para evaluar la garantía de derechos humanos en el país, especialmente desagregada por sexo, edad, pertenencia étnica, necesidades especiales, orientación sexual y nacionalidad, entre otras categorías.

2. **Trabajo interinstitucional coordinado.** En numerosos ámbitos, la efectividad de las acciones y políticas de los poderes del Estado dependen de su colaboración y coordinación interinstitucional, por lo que el INDH recomienda incorporar esta consideración en el diseño, implementación y evaluación de políticas en ámbitos tales como la trata de personas, la seguridad democrática, los derechos de las mujeres y el de las personas privadas de libertad, entre otros.

3. **Ratificación de instrumentos internacionales pendientes.** El INDH insta al Estado a suscribir, aprobar y/o ratificar los instrumentos internacionales de derechos humanos pendientes a la fecha, tales como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Pacto de San Salvador", el Protocolo Opcional de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios.

4. **Generación de instancias de participación ciudadana.** El INDH reitera su recomendación en orden a incorporar instancias de participación ciudadana en los procesos de diseño, implementación y control de políticas, planes y programas tanto a nivel central, como regional y local, con el fin de acercar la institucionalidad pública a la ciudadanía, mejorar los resultados de la gestión y fomentar mayores niveles de transparencia y control.

5. **Favorecer un desarrollo equitativo y solidario entre las diferentes regiones del país.** El INDH insta a los poderes del Estado a cumplir con el deber constitucional de garantizar un desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del país,

de modo de garantizar condiciones de igualdad en el ejercicio de derechos fundamentales de las personas que habitan el territorio.

6. **Fortalecer el control y la fiscalización del Estado, así como las instancias de reclamo**. El INDH recomienda fortalecer el control y la fiscalización de la gestión que realiza el Estado a través de sus instituciones, y asimismo, en ámbitos donde la provisión de bienes y servicios es llevada a cabo por privados, para garantizar que los mismos sean oportunos y de calidad, y así proteger y garantizar los derechos humanos de forma efectiva y en igualdad de condiciones. Del mismo modo, el Estado debe garantizar la existencia y funcionamiento adecuado de instituciones y recursos de reclamación para hacer efectivos en la práctica todos los derechos fundamentales.

7. **Promover una cultura de derechos humanos.** El INDH reitera la recomendación a los tres poderes del Estado en orden a construir una cultura de derechos humanos en el país, que a través de campañas públicas y otros instrumentos idóneos promueva el valor de la igualdad y la no discriminación –en especial hacia grupos vulnerados–, el diálogo y la diversidad. En este ámbito debe también capacitar a funcionarios/as del Estado, aspecto central para una adecuada promoción de derechos.

8. **Asegurar mayor igualdad entre las personas.** El Estado, a través de sus distintos órganos, debe reconocer las situaciones estructurales de discriminación que afectan el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones de las personas. Por ello, el INDH recomienda la incorporación de medidas especiales de carácter temporal en diferentes ámbitos de políticas con el fin de disminuir las brechas de desigualdad y discriminación que existen en el país, especialmente, en el caso de las personas con nivel socioeconómico bajo, las mujeres, las personas con discapacidad, los adultos mayores, los niños, niñas y adolescentes, los pueblos indígenas, y las personas con una identidad sexual o de género diversa, entre otros.

RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS

1. SEGURIDAD DEMOCRÁTICA Y DERECHOS HUMANOS

- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo, al Congreso y a las Fuerzas de Orden y Seguridad adoptar y promover una concepción de seguridad democrática con énfasis en la protección de las personas. Tanto la normativa como las políticas que se adopten no deben restringir ilegítimamente el ejercicio de derechos fundamentales.
- La labor del Estado de investigar y sancionar los ilícitos que se cometan en el territorio nacional debe estar enmarcada en una política criminal respetuosa de los derechos humanos. El INDH recuerda que el uso del poder punitivo del Estado está limitado por los referidos derechos.
- El INDH reitera al Ministerio del Interior y Seguridad Pública y a Carabineros de Chile la obligación de adecuar las normas internas de funcionamiento y operación institucional a los estándares de derechos humanos, considerando en particular la pertinencia etaria, de género y etnia.
- El INDH insta al Poder Ejecutivo y al Congreso a no perseverar en la legislación que pretende reforzar el orden público mientras ella contenga elementos que puedan vulnerar el ejercicio legítimo de derechos humanos como son el de libertad de expresión y el derecho a reunión.

2. PUEBLOS INDÍGENAS

- El INDH reitera a los poderes colegisladores la necesidad de avanzar, previa consulta con los pueblos interesados, en el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas.
- El INDH reitera la obligación de todos los poderes del Estado a garantizar la efectiva implementación del Convenio 169 de la OIT vigente desde 2009, en lo referido al derecho a la consulta y el derecho a participación de los pueblos indígenas. En este marco, se recomienda al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo

avanzar en la regulación que garantice el ejercicio de estos derechos. Asimismo, deberá asegurar que, en tanto la normativa sobre consulta no se apruebe, todas las medidas legislativas y administrativas sean debidamente consultadas de acuerdo a dicho convenio.

- Los poderes del Estado deben garantizar el derecho a la propiedad y posesión a las tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente han ocupado. El INDH reitera la recomendación en orden a que el Poder Ejecutivo y el Congreso establezcan mecanismos adecuados para su determinación, protección y restitución, incluyendo el mecanismo de expropiación y sus correspondientes indemnizaciones en los casos que corresponda.
- El INDH insiste en que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y Carabineros de Chile actúen en el marco del debido respeto a los derechos fundamentales de todas las personas en la persecución de delitos, al momento de cumplir órdenes judiciales y en el resguardo del orden público.

3. DERECHO A LA EDUCACIÓN

- El INDH reitera su recomendación para que el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Educación, garantice el derecho a educación de calidad, el acceso y permanencia en sistemas educacionales formales, así como el respeto a los derechos del estudiantado en sus procesos formativos y en sus respectivas instituciones educacionales, cumpliendo además con las tareas de fiscalización y reforzando los mecanismos administrativos de protección.
- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo fiscalizar que los reglamentos internos de instituciones educacionales se ajusten a derecho, y promueva una cultura de respeto de los derechos humanos al interior de cada institución.
- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo y al Legislativo evaluar los efectos en la segmentación educacional y el acceso a procesos de calidad equivalente que tendrán los modelos de financiamiento de la educación tanto escolar como universitaria.

4. REGULACIÓN DEL LOBBY

- El INDH llama a los poderes colegisladores del Estado a agilizar la aprobación de una ley que regule el *lobby* y, en general, toda gestión de intereses por parte de terceros con autoridades públicas, estableciendo expresamente obligaciones de transparencia para todos los poderes del Estado en la materia, permitiendo el acceso a la información de la ciudadanía y la participación sin discriminación de los grupos intermedios de la sociedad.

5. INSTITUCIONALIDAD EN DERECHOS HUMANOS

- El INDH reitera su recomendación en orden a que los poderes colegisladores del Estado fortalezcan la institucionalidad en derechos humanos para garantizar su adecuada promoción y protección en el país, creando nueva institucionalidad y/o fortaleciendo las funciones del INDH con el fin de cumplir este rol.
- El INDH reitera su recomendación en orden a que el Poder Ejecutivo avance en la instalación del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura, en cumplimiento al Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas. En caso de confirmarse la instalación de este mecanismo en el Instituto Nacional de Derechos Humanos, se reitera el llamado en orden a que el Poder Ejecutivo y el Legislativo asignen para estas nuevas funciones adecuados recursos para su funcionamiento acorde a los estándares internacionales en la materia.
- El INDH valora la discusión sobre el proyecto de Ley de Subsecretaría de Derechos Humanos y recomienda al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo agilizar la discusión en orden a constituir una instancia gubernamental con capacidad y facultades suficientes con el fin de diseñar, coordinar e implementar políticas públicas de derechos humanos, y que guíe el contenido y organicidad de la acción del gobierno en estas materias.
- El INDH insta a que alguna entidad gubernamental pueda conocer y calificar casos de violaciones masivas

y sistemáticas de derechos humanos que aún pudieran ser denunciados, en casos de detenidos-desaparecidos, ejecutados políticos y víctimas de prisión política y tortura en el periodo que va del 11 de septiembre de 1973 al 11 de marzo de 1990.

6. LEY ANTIDISCRIMINACIÓN

- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo implementar campañas públicas a efectos de que las personas conozcan los derechos que les asisten, los mecanismos que pueden ser activados en caso de vulneración de derechos por causa de discriminación, así como para erradicar la estigmatización y los estereotipos que están en la base de discursos y prácticas discriminatorias hacia distintos grupos de la población.
- El INDH insta a los órganos de la administración pública a dar cumplimiento al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Chile en el caso Atala, implementando procesos de formación y capacitación a funcionarios y funcionarias públicas de manera de prevenir conductas discriminatorias, investigar las denuncias sobre este tipo de prácticas y aplicar las sanciones correspondientes.
- El INDH reitera su recomendación en orden a que los poderes públicos tengan en especial consideración las condiciones de vulnerabilidad en que se encuentran ciertos grupos con el fin de erradicarlas, entre otras, a través de medidas de acción afirmativa dirigidas a grupos discriminados. En particular, las mujeres, los pueblos indígenas, los niños, niñas y adolescentes, los adultos mayores, las personas migrantes, las personas con discapacidad, las personas privadas de libertad y las personas de orientación sexual o identidad de género diversas, entre otros.

7. REFORMA SENAME

- El INDH insta al Poder Ejecutivo a adoptar a la brevedad una normativa y una política integral de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes acorde a los estándares de la Convención de los Derechos del Niño, que sirva de sustento para la organización de un sistema de promoción y protección integral de la niñez en el país y oriente la transformación del actual Servicio Nacional de Menores (SENAME).

8. LEY DE PARTICIPACIÓN

- En el contexto de la implementación de la Ley 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, el INDH recomienda que el Poder Ejecutivo genere y ponga a disposición información que permita evaluar los avances de su puesta en marcha.
- El INDH recomienda a las municipalidades del país a concretar la institucionalidad y adecuar la normativa con el fin de garantizar mayores niveles de participación ciudadana a nivel local.

9. DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

- El INDH insta al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia y Gendarmería de Chile, a erradicar el hacinamiento en los establecimientos carcelarios y mejorar las indignas condiciones carcelarias aún existentes en Chile. Asimismo, la autoridad penitenciaria debe abstenerse del uso de las celdas de aislamiento como sanción al régimen interno penitenciario.
- El INDH recomienda a los poderes colegisladores que se reforme la Constitución Política en su art. 16, con el objetivo de eliminar toda regulación que suspende el derecho a voto a personas acusadas de delitos. Asimismo, recomienda abrir un debate acerca de la legitimidad de privar a las personas condenadas de ejercer su derecho a voto.
- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo dictar la modificación al Reglamento de la Ley 18.216, con el objetivo que entre en vigencia la Ley 20.603, permitiendo el establecimiento de penas alternativas a la privativa de libertad por parte de los tribunales de justicia.
- El INDH insta al Poder Ejecutivo a garantizar condiciones laborales y de seguridad e higiene dignas para el personal de Gendarmería, de tal manera de respetar sus derechos en el desarrollo de sus funciones.

- El INDH recomienda a Gendarmería de Chile adoptar las medidas necesarias para el respeto de los derechos fundamentales de los grupos vulnerados al interior de los establecimientos penitenciarios, como es la población LGBTTI.

10. DERECHOS DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

- El INDH llama a los poderes del Estado a garantizar la efectiva implementación de los compromisos adquiridos en la Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe, a través de la implementación de políticas y programas específicos, que cuenten con recursos suficientes, destinados a erradicar el maltrato físico, psicológico y patrimonial de estas personas.
- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo incorporar estándares de derechos humanos a la normativa que regula los Establecimientos de Larga Estadía para Personas Adultas Mayores (ELEAM), y en las instancias de fiscalización, de modo de resguardar los derechos de quienes allí residen.
- El INDH insta al Poder Ejecutivo a regularizar los ELEAM que hoy funcionan ilegalmente, a través de acciones mancomunadas entre las SEREMI de Salud y el SENAMA que brinden supervisión y acompañamiento técnico.

11. DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

- El INDH reitera al Poder Ejecutivo la necesidad de que se elaboren y aprueben todos los reglamentos asociados a la Ley 20.422 sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de las personas con discapacidad, de modo que se complete y haga efectiva su implementación.
- El INDH recomienda al Estado producir información estadística periódica sobre las personas con discapacidad, de modo que las políticas, planes y programas u otras acciones que consideren la situación actual de esta población.
- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo procurar que tanto la Política Nacional de Inclusión Social como el Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad incorporen medidas para el amplio espectro de personas que conforman esta población, en particular aquellas no valentes o con altos grados de dependencia.

12. DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y TRATA DE PERSONAS

- El INDH reitera al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo la recomendación de adoptar una nueva legislación migratoria actualizada conforme a los estándares de derechos humanos en la materia. El Poder Legislativo debe tener en cuenta, durante la discusión del proyecto, a las organizaciones de migrantes y a las organizaciones de la sociedad civil especialistas en la materia.
- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo desarrollar campañas públicas que informen a la población migrante sobre sus derechos (incluido el de acceder a beneficios sociales entre estos, subsidio para la vivienda) y que contribuyan a superar una mirada discriminatoria y estereotipada en la sociedad.
- El INDH reitera al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial la necesidad de avanzar en la producción de información sobre la situación de la población migrante que incluya estimaciones sobre aquellos en situación irregular, desagregada por sexo y nacionalidad, entre otras.
- El Poder Ejecutivo debe desarrollar campañas sostenidas que sensibilicen a la población sobre el delito de trata de personas e informen a las víctimas sobre sus derechos y posibilidades de protección por parte del Estado.
- El INDH reitera al Poder Ejecutivo la recomendación de crear un registro único de información sobre la trata de personas en el país, y desarrollar estudios cualitativos sobre las características y condiciones particulares del problema.

13. DERECHOS DE LAS MUJERES

- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo desarrollar campañas públicas para erradicar la violencia sexual contra las mujeres, en particular contra las niñas y las jóvenes, así como adoptar medidas para alentar a las niñas y jóvenes a denunciar los incidentes de violencia sexual, tanto dentro como fuera del ámbito de la familia, y fortalecer la red de atención a efectos de brindarles protección y atención reparatoria.
- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Educación, para que dentro de los procesos de reforma del currículum escolar básico y medio, se incorporen contenidos relativos a prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres.
- El INDH recomienda al Poder Judicial adoptar medidas para garantizar que las mujeres indígenas tengan acceso efectivo a la justicia ante situaciones de violencia intrafamiliar, tales como la formación de operadores/as de justicia, garantizar peritos/as y contar con experticia en jueces/zas.
- El INDH recomienda a los poderes del Estado, en consonancia con la recomendación del Comité de la CEDAW, a hacer uso de medidas especiales de carácter temporal como estrategia para acelerar el logro de la igualdad sustantiva en la vida política y pública, donde las mujeres están subrepresentadas.

14. DERECHO AL TRABAJO Y DERECHOS LABORALES

- El INDH reitera la recomendación a los poderes del Estado en orden a asegurar el ejercicio de derechos laborales colectivos por parte de las personas trabajadoras. Asimismo, recomienda al Poder Ejecutivo observar con atención las causas del aumento de accidentes y enfermedades laborales para estudiar posibles políticas a futuro.
- El INDH recomienda al Estado dar fiel cumplimiento al estatuto administrativo, tanto central como a nivel municipal, en orden a que los/as trabajadores/as contratados/as a honorarios no desarrollen funciones propias de los empleados públicos. Para tal objetivo el Estado debe asegurar que la dotación y el régimen legal no afecten la igualdad de trato que merecen todas las personas que prestan sus servicios al Estado.
- El INDH reitera la recomendación al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo en orden a garantizar la igualdad salarial por igual tarea entre hombres y mujeres, fiscalizando que dicho principio se cumpla tanto en el ámbito público como en el privado, y facilitando las denuncias en esta materia.

15. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo ratificar los Convenios 102 y 128 de la OIT.
- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo evaluar los efectos de las medidas compensatorias dirigidas a disminuir la brecha en el monto de pensiones de hombres y mujeres introducidas en 2008, y ajustarlas a efectos de reducir las disparidades existentes.
- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo fortalecer las acciones de información y educación previsional de manera que los y las afiliadas puedan proteger de mejor manera sus fondos de pensión.

16. DERECHO A LA SALUD

- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo que los reglamentos de la Ley de derechos del paciente garanticen la calidad de la atención sanitaria, aportando a esclarecer la acción del personal de salud en situaciones complejas que afectan a la persona en estado terminal, con pleno respeto a su dignidad y autonomía de decisión.
- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo garantizar el acceso a medicamentos de la población que se atiende en el sistema público, y redoblar esfuerzos para la introducción de medicamentos genéricos al mercado y, en general, adoptar medidas para reducir el peso del costo en medicamento del gasto privado en salud (gasto de bolsillo).
- El INDH reitera la recomendación al Poder Ejecutivo de hacer efectivo el principio de universalidad del

régimen de garantías explícitas en salud en los términos de acceso, calidad, oportunidad y costo.

17. DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA

- El INDH recomienda a los poderes del Estado reconocer, a nivel constitucional y legal, el derecho a una vivienda adecuada de acuerdo a los estándares internacionales en derechos humanos.
- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo adecuar las bases de su política habitacional, de modo que garantice a todas las personas el acceso a una vivienda adecuada, incluyendo los atributos de seguridad de la tenencia, gastos soportables, habitabilidad, accesibilidad, ubicación, adecuación cultural y disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura.
- El INDH insta al Poder Ejecutivo, en el marco del proceso de reconstrucción posterremoto, a brindar soluciones a las personas afectadas que respeten los preceptos del derecho a la vivienda adecuada, sobre todo en materia de desplazamiento hacia periferias o sectores que no brinden la misma calidad de vida que las personas gozaban antes de la catástrofe.

18. DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

- El INDH insta al Poder Ejecutivo a completar, de conformidad a los estándares de derechos humanos, el marco normativo que regula el derecho a un medio ambiente libre de contaminación, a través de la revisión y/o dictación de los reglamentos asociados a las leyes 19.300 y 20.417 que están pendientes.
- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial agilizar la implementación de la Superintendencia de Medio Ambiente así como de los Tribunales Ambientales, de manera de contar con la institucionalidad necesaria para resguardar adecuadamente los derechos humanos.
- El INDH recomienda al Estado atender el desafío del país en materia energética considerando los estándares de derechos humanos en relación con el resguardo del derecho a un medio ambiente libre de contaminación, el derecho a la salud, el derecho a la consulta indígena y el derecho al agua, entre otros.

19. VIOLACIONES MASIVAS, SISTEMÁTICAS E INSTITUCIONALIZADAS EN EL PERIODO 1973-1990

- El INDH reitera las recomendaciones en orden a mejorar los tiempos de respuesta judicial, sin dañar la calidad de las investigaciones, garantizando recursos suficientes a los órganos jurisdiccionales y coadyuvantes a la justicia (Policía de Investigaciones, Servicio Médico Legal) y de la Administración (Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior) para el cumplimiento de este objetivo.
- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo ejercer las acciones penales encomendadas por ley, a través del Programa de Derechos Humanos, con el objetivo de dar completa asistencia judicial a las víctimas detenidas desaparecidas y ejecutadas políticas.
- El INDH reitera la recomendación al Poder Ejecutivo de preservar la memoria en materia de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, velando por la sustentabilidad de las instituciones dedicadas al rescate, conservación y difusión del patrimonio histórico en esta materia.
- En cumplimiento del deber de reparación y preservación de la memoria histórica, los órganos del Estado, incluidos sus funcionarios y funcionarias, deben abstenerse de incitar, participar o auspiciar actos públicos que atenten contra la dignidad de las víctimas, sus familiares y la sociedad en su conjunto.
- El INDH reitera la recomendación en orden a dar cabal cumplimiento a la sentencia de la Corte IDH en el caso del ejecutado político Luis Alfredo Almonacid Arellano, asegurando que se derogue el Decreto Ley de Amnistía.

20. EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo elaborar a la brevedad el Plan Nacional de Derechos Humanos y el Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos, con participación de distintos ministerios y de la ciudadanía, para orientar los procesos de educación en derechos humanos que debiesen incorporarse a todos los niveles de educación formal, a la capacitación a funcionarios públicos y a los procesos de promoción de una cultura respetuosa de los derechos humanos en la sociedad, asignándole recursos suficientes para permitir su implementación.
- El INDH recomienda el diseño e implementación de políticas/mecanismos que incentiven el desarrollo de programas de estudio y de proyectos de investigación universitarios en derechos humanos, la especialización de profesionales del servicio público y del Poder Judicial, para incrementar las competencias de resguardo de derechos humanos.
- El INDH recomienda rediseñar los currículos de educación en derechos humanos para las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, en función de los contenidos señalados en los estándares internacionales y de forma articulada con las prácticas y desafíos propios de cada una de las instituciones.
- El INDH recomienda al Poder Judicial y a la Academia Judicial fortalecer el programa de formación regular y de habilitación de jueces y juezas para la integración de todos los contenidos señalados en los estándares internacionales de derechos humanos, y fomentar la participación en los procesos de perfeccionamiento en temáticas clave como derecho de los pueblos indígenas y de migrantes. Particular atención se debe prestar hacia los/as funcionarios/as que se desempeñan en zonas de alta población con estas características.

21. MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

- El INDH recomienda a todos los órganos del Estado el desarrollo de políticas públicas destinadas a ampliar la diversidad de medios de comunicación y de este modo garantizar el principio del pluralismo informativo en una sociedad democrática, en particular respecto de aquellos sectores que presentan barreras para acceder a los mismos.
- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo realizar el traslado de radios comunitarias a su espectro reservado en frecuencia modulada asegurando que tales medios comunitarios no se vean ilegítimamente coartados en su derecho a expresión.
- El INDH recomienda al Estado promover el respeto a los derechos fundamentales en los medios de comunicación, fiscalizando y –en su caso– sancionando el incumplimiento por parte de los medios de comunicación social con el fin de evitar que estos creen estereotipos sobre grupos vulnerados en la información que entregan a la ciudadanía.

INFORME DE GESTIÓN



Fotografía: Miguel González



Fotografía: Fernado Espina



1

INFORME DE GESTIÓN INDH

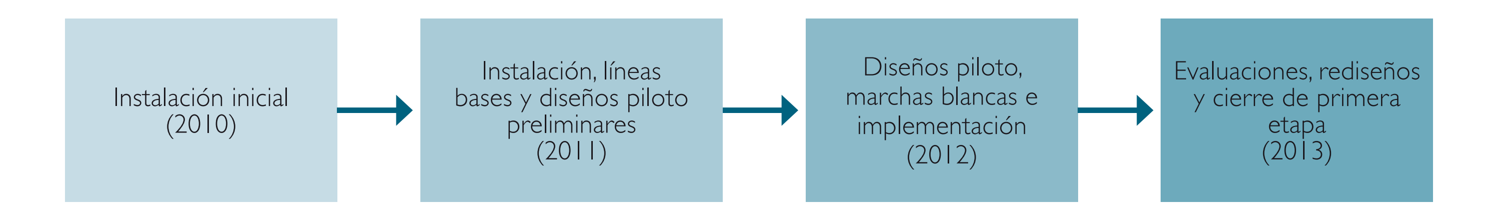
LINEAMIENTOS ESTRATÉGICOS

La presente sección brinda información y rinde cuentas respecto de los distintos ámbitos de gestión del INDH en su labor de promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habitan el territorio de Chile, entre el 1 de noviembre de 2011 y el 31 de octubre de 2012. En la primera parte, se presenta una síntesis de algunas definiciones y estrategias organizacionales que permiten ofrecer un relato de fondo al desarrollo de los productos y al cumplimiento de los objetivos estratégicos acordados por el Consejo del INDH. Posteriormente se da cuenta de lo realizado en distintas materias relativas a la gestión interna.

OBJETIVOS ESTRATÉGICOS DEL INDH

- Integrar en su gestión diversas perspectivas vinculadas a los derechos humanos.
- Articular a nivel nacional un sistema eficaz de seguimiento y defensa de los derechos humanos.
- Ampliar la comprensión social de los derechos humanos en todas sus dimensiones.
- Articularse y cooperar con las redes de actores de derechos humanos en la sociedad civil.

Para el desarrollo de los productos se ha trabajado con definiciones estratégicas que consideran una primera etapa trianual (2011-2013), compuesta por tres fases:



El desarrollo consecutivo de las fases anuales permite el cumplimiento de la cadena lógica de resultados de la primera etapa de trabajo del INDH, velando por el cumplimiento de la Ley 20.405 que regula el quehacer del Instituto, así como de los Principios de París, que orientan desde el ámbito internacional la definición de estándares para el funcionamiento de las instituciones nacionales de derechos humanos.

En dicho marco, 2012 correspondió a un año de despliegue de la labor del INDH en sus distintos ámbitos. En este sentido, se continuó trabajando en algunos diseños piloto y marchas blancas, al tiempo que se implementaban nuevas acciones. De igual manera que en el año anterior, la gestión del INDH durante 2012 estuvo atravesada por los distintos hitos de la contingencia. Ello requirió sumar a la planificación inicial iniciativas que respondieran de manera oportuna a la coyuntura.

Para llevar adelante su labor, el INDH ha desarrollado un enfoque de gestión integral y flexible que está a la base de la gestión institucional. En el diagrama que se presenta a continuación, se puede observar la lógica de dicho enfoque, sus componentes principales y la forma en que estos se articulan:

ENFOQUE DE GESTIÓN ESTRATÉGICA INDH

FACTORES ESTRUCTURANTES
Marco Institucional/Legal
Demandas del Entorno

PROYECTO INSTITUCIONAL
Visión y misión INDH
Objetivos Estratégicos
Plan de Desarrollo Institucional

MODELO DE GESTIÓN
Procesos y tareas
Principios rectores
Estructura Organizacional
Herramientas de gestión

RESULTADOS ORGANIZACIONALES
Logros
Brechas
Desafíos

POSICIONAMIENTO INSTITUCIONAL

El Estado de Chile tiene la obligación de promover, respetar y garantizar los derechos humanos de acuerdo con lo que señala la Constitución Política en sus artículos 5 y 19 y los tratados internacionales que se encuentran vigentes. Además le ha encomendado al Instituto Nacional de Derechos Humanos, a través de la Ley 20.405, contribuir a la promoción y protección de los mismos para lo que resulta fundamental la colaboración con los distintos poderes del Estado. En efecto, el INDH promueve que los distintos órganos adopten las medidas legislativas, administrativas o de cualquier otra índole para cumplir con este objetivo, a la vez que cuenta con facultades legales para la protección de dichos derechos cuando son vulnerados.

Durante el período que cubre el informe se han ampliado y fortalecido las relaciones institucionales con los distintos

poderes del Estado, permitiéndole al INDH cumplir de manera más efectiva con su mandato legal a través de funciones judiciales, de observancia, de asistencia y colaboración, de incidencia, de educación y de promoción de la memoria histórica.

Cabe señalar que una de las aristas en las que se manifiesta la autonomía del INDH es, justamente, su independencia respecto de los poderes del Estado. En efecto, el INDH goza de autonomía legal en tanto corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Su constitución, funciones y mandato se encuentran fijados por ley. Esto implica que no recibe instrucciones del Poder Ejecutivo en su quehacer institucional y en materia de control se somete a lo dispuesto en las normas constitucionales y legales, las cuales son dictadas por el Parlamento. En materia de probidad está sometido a la fiscalización de la Contraloría General en lo concerniente a su personal, examen y juzgamiento de sus cuentas y en cuanto a la remoción de sus integrantes, se está sometido a lo que disponga, en el caso, la Corte Suprema.

Respecto del Poder Ejecutivo, se establecieron procedimientos que permiten al INDH responder de manera oportuna y adecuada a la labor de colaboración, en el ámbito de sus atribuciones. Esta cooperación ha sido entendida de manera amplia como una función de asistencia, colaboración y coordinación con distintos órganos de la administración a nivel nacional, de instancias intersectoriales y de una fluida relación con la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, entidad a través de la cual se realiza el trabajo de colaboración del INDH con los sistemas de protección de derechos humanos de Naciones Unidas y de la OEA. Así durante el año el INDH fue invitado a participar en instancias interinstitucionales, tales como la Mesa sobre Trata de Personas, que corresponde a una comisión asesora de carácter permanente que ha sido convocada por el Ministerio del Interior; la mesa técnica de participación política y social de las personas con discapacidad, en el marco del proceso de elaboración del Plan Nacional de Acción de la Discapacidad 2012-2020 organizada por SENADIS y la Mesa de Trabajo sobre mujeres privadas de libertad.

Con el Ministerio de Relaciones Exteriores y otros servicios públicos relacionados, el INDH ha colaborado en el período en la elaboración y presentación del informe de cumplimiento de la Convención Sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación hacia la Mujer, y participó de las instancias técnicas de derechos humanos en el contexto de las reuniones que sostiene el Mercosur en estas materias.

En el caso del Poder Legislativo, el conocimiento oportuno de su actividad es clave para potenciar la función de incidencia y de colaboración del INDH, particularmente para promover la adecuación de la legislación nacional a las obligaciones internacionales contraídas en esta materia y así dar cumplimiento al mandato establecido en los art. 2° y 3°, inciso 4, de la Ley 20.405. Es por ello que, a inicios de 2012 se efectuó un estudio de los proyectos de ley en tramitación en el Congreso vinculados con las áreas temáticas de interés del INDH, lo que permitió priorizar 436 iniciativas legales[1], a partir de las cuales se establecieron dos niveles de trabajo. El primero consideró la participación activa en el proceso de tramitación de los proyectos de ley a través de presentación de informes a distintas Comisiones por parte de la Directora, de Consejeros/as y de profesionales de la institución, participando en un total de 18 Comisiones tanto a requerimiento de las mismas como a petición del propio INDH. En esta línea, se destaca el trabajo efectuado durante la tramitación de la Ley que establece medidas contra la discriminación; la discusión sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas (propuesta del Ejecutivo para implementar el procedimiento de Consulta o durante la tramitación de la ley de pesca); el análisis del proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y adecuaciones a la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia; el Proyecto de Ley que modifica la Ley 18.556 que excluye a las víctimas de desapariciones forzadas del Registro Electoral; el Proyecto de Acuerdo que aprueba la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, entre otros.

1 Considerando las recomendaciones contenidas en el Informe Anual 2011 y las temáticas que se abordarían en el que corresponde al presente año, las iniciativas originadas en Mensajes del Ejecutivo, en aquellas que –originadas en mociones parlamentarias– mostraban tramitación que hacía presumir su viabilidad política y los proyectos comprometidos por el Gobierno en el "Informe de Mitad de período sobre las Recomendaciones efectuadas a Chile en el marco de su Examen Periódico Universal".

En un segundo nivel, el INDH participó en Comisiones del Senado y de la Cámara de Diputados en las que se discutieron proyectos de ley relevantes en el campo de los derechos humanos, lo que permitió obtener la información necesaria para la elaboración de 26 Boletines Legislativos Semanales durante 2012[2], que contienen el resumen del trabajo en las Comisiones, los resultados en Sala, los nuevos proyectos de ley ingresados a tramitación, las Minutas de comisión elaboradas por el INDH y los informes o Minutas entregadas por organismos públicos y privados que asistieron a las distintas sesiones. Todo lo anterior permitió mantener actualizada la información para la toma de decisiones de la Dirección, del Consejo y para las unidades funcionales, particularmente aquellas vinculadas con la elaboración del Informe Anual 2012. Además, mantiene un diálogo fluido con las diferentes bancadas parlamentarias y ha sostenido reuniones específicas con actores legislativos con el fin de contribuir a la adecuación e incorporación de los estándares internacionales a los procesos de debate y tramitación de las leyes.

En el caso del Poder Judicial, las relaciones se han establecido a diferentes niveles y con horizontes temporales de corto, mediano y largo plazo. En primer lugar, se han establecido los vínculos formales que permiten la interacción y colaboración mutua, lo que ha permitido desarrollar acciones como la presentación de *amicus curiae,* informes que buscan entregar a los tribunales de justicia una opinión jurídica desde una perspectiva de derechos humanos, particularmente dando cuenta de los estándares internacionales en las materias que se abordan. Además, se han impulsado acciones de promoción y educación en derechos humanos a través de actividades realizadas en conjunto con el Instituto de Estudios Judiciales así como la participación de operadores de justicia en el Diplomado "Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos" realizado junto al Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, la Oficina Regional de la Alta Comisionada de Derechos Humanos y patrocinado por el Ministerio de Justicia. Por último, se ha presentado una serie de acciones judiciales (querellas, recursos de amparo, recursos de protección, entre otros), cuyo detalle se encuentra referido en la sección 3.3 del presente informe de gestión, que buscan hacer efectiva la protección de los derechos humanos al tiempo que fomentar la armonización del derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos.

En el ámbito de las relaciones internacionales, a la luz del Art. 3, número 7 de la Ley 20.405, que señala el deber del INDH de colaborar con el Ministerio de Relaciones Exteriores y demás servicios públicos relacionados, en la elaboración de los informes que el Estado deba presentar a los órganos y comités especializados de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos (OEA) así como de las demás instituciones regionales, se ha desarrollado un trabajo permanente de fortalecimiento de las relaciones con las delegaciones diplomáticas y vínculos con organismos internacionales a través de acciones mutuas de colaboración e intercambio, que se han materializado en apoyo y patrocinio a actividades institucionales así como en el intercambio de información permanente con los órganos de supervisión de derechos humanos. En ese sentido, cabe destacar la colaboración estratégica entre el INDH y la Oficina Regional de la Alta Comisionada de Derechos Humanos y dentro de esta, el apoyo brindado por el INDH para la primera visita oficial a Chile del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, realizada entre el 13 y el 21 de agosto de 2012.

Por último, en 2012 el INDH presentó la Declaración de Conformidad con los Principios de París con el fin de ser acreditado ante el Comité Internacional de Coordinación de Instituciones de promoción y protección de los derechos humanos de la ONU, en el último bimestre del año. La acreditación marca para el INDH su consolidación en el sistema de Naciones Unidas y su integración a la Red de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos de América Latina.

DESARROLLO DE PROGRAMAS DE TRABAJO

El trabajo interno se organiza en torno a cinco programas[3] que desarrollan el mandato legal del INDH y los objetivos estratégicos definidos por el Consejo. El trabajo realizado

2 Disponibles en el sitio web institucional o en el siguiente link: http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/67

3 En total son seis Programas de trabajo, pero en este caso el programa de fortalecimiento de la sociedad civil en derechos humanos es presentado más adelante.

bajo esta lógica matricial (unidades que ejecutan los programas) ha permitido hacer frente a escenarios que, producto de las crecientes demandas sociales en materia de derechos humanos, se han tornado complejos. Los programas que se señalan a continuación son producto tanto de la normativa que rige al INDH como de las definiciones suscritas en los objetivos del INDH.

EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Marco de obligaciones legales

Los productos asociados a este programa se enmarcan dentro del imperativo legal establecido en el Art. 3° N° 9 de la Ley 20.405, de difundir el conocimiento de los derechos humanos y favorecer su enseñanza en todos los niveles de la educación del sistema educacional.

En el ámbito internacional, se ha avanzado desde la Declaración y Plan de Viena (1996) en la necesidad de que los Estados se comprometan más explícita y sistemáticamente con la educación de los derechos humanos, lo que ha desembocado en un Programa Mundial de Educación en Derechos Humanos y su respectivo Plan de Acción, a los que Chile ha suscrito, en lo que se refiere a la necesidad de generar políticas y programas que permitan la implementación de la educación en derechos humanos en todos los niveles educacionales. En su segunda fase, se ha puesto especial preocupación en los procesos de formación universitaria, la formación docente y en la capacitación de funcionarios/as públicos y de Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad (A/HRC/15/28, párr. 11).

Al respecto, el artículo 5° de la Constitución Política de la República establece que es deber del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile, que se encuentren vigentes, por lo que los compromisos internacionales que Chile ha suscrito en esta materia se han incorporado en nuestro ordenamiento jurídico y son, por ende, de cumplimiento obligatorio para todas las entidades estatales.

Adicionalmente, se debe considerar que el Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación concluyó que las violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos se produjeron en el contexto de una débil cultura nacional de respeto a los derechos humanos (CNVR), recomendando la implementación de procesos de educación que fomenten esta cultura, en todos los niveles de la educación, incluyendo especialmente a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad.

Estas obligaciones han sido reconocidas legalmente a través de la modificación de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, para establecer como una obligación del Estado la promoción del estudio y conocimiento de los derechos humanos (Ley 19.938 de 10 de marzo de 2004) y ratificada en la Ley General de Educación, que no solo reconoce esta obligación, sino que establece a los derechos humanos como marco de sustento del sistema educacional chileno (Ley 20.370 o DS N° 2, de 2011 que refunde la LGE con las secciones no derogadas de la LOCE, art. 3° y 5°).

Definición general

El Programa de educación en derechos humanos busca promover la enseñanza formal, informal y no formal de los derechos humanos. Ello involucra el trabajo en todos los niveles del sistema educacional, en las Fuerzas Armadas, de Orden y de Seguridad Pública, como la promoción de los derechos en los grupos vulnerados y la ciudadanía en general. De este modo, se impulsa el desarrollo de investigaciones, estudios y publicaciones en materia de educación, formación y capacitación; la organización del otorgamiento de premios e implementación de la política de patrocinios de actos y eventos relativos a estas materias, elaboración de materiales pedagógicos y comunicables para el conocimiento y ejercicio de derechos e implementa redes de colaboración con universidades y organismos públicos para el desarrollo de programas en el ámbito de la educación, formación y capacitación.

Acciones desarrolladas

En esta línea se avanzó en la elaboración de diseños piloto, marchas blancas e implementación de productos. En particular, en lo relativo a la educación en derechos humanos en las entidades públicas, se redactaron en sus versiones preliminares los capítulos del Informe general sobre la Inclusión de la Educación en Derechos Humanos y Memoria

en los procesos de capacitación de entidades públicas. Se realizó además la 2ª versión del diplomado introductorio sobre derecho internacional de los derechos humanos, dirigido a funcionarios/as públicos/as y cuya convocatoria despertó gran interés dado el alto nivel académico del mismo. Este diplomado –realizado en conjunto con la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), el Centro de Derechos Humanos la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y el Ministerio de Justicia– contó con la participación de 40 personas de diversas instituciones públicas[4] quedando representados todos los poderes del Estado. En él, los y las participantes pudieron formarse en derechos humanos y pasar a ser actores clave del fortalecimiento de los derechos humanos en Chile a través de las herramientas recibidas durante el diplomado y su posición clave en los distintos servicios públicos participantes.

Por otra parte, se está elaborando un convenio de colaboración con el Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS), el que se encuentra en última etapa de tramitación, y se estableció con Gendarmería (Unidad de Derechos Humanos) un acuerdo de trabajo para el acompañamiento en la realización de jornadas de difusión y la elaboración de material didáctico para el apoyo de las mismas. Por último, respecto de un plan de trabajo con las FF.AA., se avanzó en la elaboración de un *syllabus* para un curso de formación en derechos humanos, el cual será presentado en diciembre de 2012.

Por otra parte, respecto de la educación en derechos humanos en el ámbito escolar, se realizó el diseño y elaboración de 24 mensajes educativos sobre derechos humanos junto con una guía metodológica para docentes. En lo que respecta al ámbito de educación en derechos humanos y educación superior, se comenzó a trabajar con la Comisión Nacional de Acreditación (CNA) para la inclusión de estándares en derechos humanos en los sistemas de acreditación de las universidades, entregando a la CNA un informe sobre las obligaciones de educación y promoción de los derechos humanos. En forma paralela se continuó con las conversaciones con Universidades en procesos de acreditación, estableciendo, por ejemplo, un acuerdo con la Universidad de Playa Ancha para generar cambios tendientes a la integración curricular de la EDH en las carreras de pregrado y apoyar el desarrollo de un Diplomado para docentes en EDH en 2013. En la misma línea se desarrolló exitosamente el primer concurso "Cuenta tu tesis en derechos humanos", con el objetivo de fomentar la integración de los derechos fundamentales en la formación de profesionales por las universidades chilenas. Se recibieron 37 tesis de 15 universidades, de 5 regiones y de 13 carreras diferentes, las que abarcaron una diversidad de problemáticas de derechos humanos, de alto interés para el país y las regiones, resultando ganadora la tesis "Represión Política en cuatro comunas rurales de la Provincia de Biobío durante el primer año de la dictadura militar" –realizada por Katherinne Brevis Arratia, graduada como Licenciada en Historia por la Universidad Católica de la Santísima Concepción[5]–. Por último, se elaboró un informe sobre la presencia de educación en derechos humanos en las mallas curriculares de las carreras de periodismo, con la finalidad de entregar propuestas para su inclusión en la formación de los y las periodistas.

PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Marco de obligaciones legales

Los productos que forman parte de este programa permiten dar cumplimiento al principal objetivo institucional y mandato legal establecido en el artículo 3°, N° 3 y N° 9, de la Ley 20.405, de promover los derechos humanos de las personas que habiten el territorio de Chile y la función de difundir el conocimiento de los mismos y propender a la consolidación de una cultura de respeto de derechos en todo el país.

4 Este año participaron personas de los siguientes servicios: Policía de Investigaciones, SENAMA, SENADIS, Gendarmería, Congreso, Ministerio de Relaciones Exteriores, Corte de Apelaciones de San Miguel, Ministerio de Defensa, Carabineros de Chile, Ministerio del Medio Ambiente, Ministerio Público, Corte de Apelaciones de Talca, Ministerio de Educación, Ministerio del Interior, Consejo para la Transparencia, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Ministerio de Justicia, SERNAM, CONADI, Corte de Apelaciones de Temuco, Defensoría Penal Pública, Corporación Opción, Corte de Apelaciones de Iquique, SENAME.

5 El jurado estuvo integrado por cinco destacados académicos: Manuel Núñez, Consejero del INDH, abogado y profesor de la Facultad de Derecho de Universidad Católica de Valparaíso; Sonia Montecino, doctora en antropología, escritora y vicerrectora de Extensión de la Universidad de Chile; Isabel Piper, doctora en Psicología Social y Coordinadora de Postgrado del Departamento de Psicología de la Universidad de Chile; José Zalaquett, abogado y profesor de derecho; y Abraham Magendzo, doctor en educación y coordinador de la cátedra UNESCO de Educación en Derechos Humanos de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano.

Sobre el particular, desde la Declaración Universal, la promoción y enseñanza de derechos humanos ha sido una preocupación de la comunidad internacional, que ha visto la necesidad de promover el reconocimiento de los derechos humanos y de una cultura acorde con ellos a través de la educación (DUH, Preámbulo) y la Convención para la Eliminación de la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza, art. 5.1.

Al respecto, el artículo 5° de la Constitución establece que es deber del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile, que se encuentren vigentes, por lo que los compromisos internacionales que Chile ha suscrito en esta materia se han incorporado en nuestro ordenamiento jurídico y son, por ende, de cumplimiento obligatorio para todas las entidades estatales.

Adicionalmente, se reconoce como parte de los mandatos esenciales de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos la necesidad de que éstas promuevan formas de difundir su existencia y medir el debido respeto, protección y garantía de los Derechos económicos, sociales y culturales (DESC) por parte del Estado, diseñando para ello estrategias y herramientas diversas. A este respecto, la capacitación y difusión del conocimiento en materia de indicadores de derechos humanos adquiere mayor relevancia por la reciente aprobación de una resolución por parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA), con la cual los estados partes del Protocolo de San Salvador se comprometen a presentar informes nacionales de avance hacia la realización de los DESC mediante el uso de indicadores en materia de seguridad social, salud y educación.

Definición general

El programa se orienta a diagnosticar situaciones particulares de discriminación y promover acciones educativas, legislativas y de política pública, así como promover valores y una cultura de respeto a la diversidad y la diferencia. Ello tanto a nivel de la ciudadanía en general como de grupos particulares, para lo que se desarrollan acciones de sensibilización y difusión de temáticas clave de modo de acercar los derechos humanos a la ciudadanía promoviendo su exigibilidad.

Acciones desarrolladas

En la línea de promoción de los derechos humanos y ciudadanía se desarrolló la estrategia de difusión del Informe Anual 2011, que buscó dar a conocer sus contenidos entre profesionales y directivos de servicios públicos y autoridades ministeriales, entre periodistas, académicos e investigadores, y se encuentra en su etapa final la versión del Informe Anual dirigida a niños, niñas y adolescentes. A la vez, comenzó el desarrollo de la serie de cuadernillos sobre temas emergentes en derechos humanos, destacando los temas de "acceso a información pública" y "empresas y derechos humanos", los cuales estarán disponibles en la página web del INDH a finales de 2012. Por su parte, con la finalidad de ampliar la labor de promoción de los derechos humanos hacia otros grupos de la ciudadanía, se impulsó el Primer Concurso "Arte y Derechos Humanos" convocando, en particular, a jóvenes que a través de fotografías, cuentos, videoclips o afiches expresaron su visión sobre una cultura respetuosa de los derechos humanos. Concursaron un total de 123 obras de las que se premió una por categoría, en un acto realizado en el Museo de la Memoria y los Derechos Humanos el día 21 de noviembre[6]. En otro aspecto, se desarrolló un conjunto de acciones de promoción de los derechos humanos a través de materiales de difusión pública como cartillas informativas referidas a "Participación Ciudadana", "no discriminación", "derechos humanos y empresas", "tutela de derechos" y "sobre trata y tráfico de personas".

Además, en el marco de las Elecciones Municipales 2012 el INDH elaboró un material de difusión cuyo objetivo fue incentivar la participación juvenil. Así, se imprimieron 238.000 volantes, los cuales fueron distribuidos en todas las regiones de Chile.

El trabajo de defensa y promoción de los derechos humanos fue destacado a través de la instauración del Premio Nacional de los Derechos Humanos, el que fue otorgado en 2011 a la Sra. Viviana Díaz, mujer de reconocida trayectoria en su lucha por los derechos humanos, y cuya ceremonia de entrega se realizó en marzo de 2012.

6 Los resultados se encuentran disponibles en el sitio web institucional.

Por último, respecto de la promoción de los derechos humanos y producción de conocimiento, se continuó con la elaboración de notas de opinión, artículos, minutas y estudios como aquel sobre conflictos socioambientales (mapa de conflictos), el estudio sobre procesos de consulta a pueblos indígenas y el estudio sobre medios de comunicación y derechos humanos. Los altos estándares de trabajo efectuado, redundaron en que las instancias de creación de conocimiento y promoción de los derechos humanos tales como los seminarios realizados, contaran con gran cantidad de público e interés de la comunidad académica, centros de estudios, organizaciones sociales especializadas y la ciudadanía en general. Así, tanto el "IV Coloquio Interamericano de Educación y Derechos Humanos", como el "Seminario sobre Trata de Personas y Tráfico de Migrantes" y el "Seminario Internacional sobre Seguridad Democrática y Derechos Humanos" resultaron instancias efectivas de intercambio y promoción de sus respectivas temáticas.

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y ACCESO A LA JUSTICIA

Marco de obligaciones legales

Los productos asociados a este programa apuntan al cumplimiento del mandato legal del INDH de protección de los derechos humanos, permitiéndole cumplir con la principal obligación institucional de elaborar un informe anual que debe presentar al Presidente, al Congreso Nacional y a la Corte Suprema, sobre la situación nacional en materia de derechos humanos, contemplada en el artículo 3°, N°1 de la Ley 20.405. Asimismo, permiten asumir las tareas que la normativa impone al INDH de informar a los distintos órganos del Estado sobre las situaciones de derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país, contenida en el número 2 del artículo 3°; de proponer medidas para favorecer la protección y promoción de los derechos humanos; de promover que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país, para efectos de asegurar que su aplicación sea efectiva, establecida en el numeral 3 del artículo referido; de deducir acciones legales ante los tribunales de justicia en el ámbito de su competencia; de colaborar con el Ministerio de Relaciones Exteriores y demás servicios públicos en la elaboración de informes que el Estado debe presentar ante organismos internacionales especializados, como la ONU y la OEA, sobre los temas relacionados con los derechos humanos, y de cooperar con dichos organismos en la promoción y protección de dichos derechos, señaladas en el numeral 7° y 8° de la norma referida; posibilitando finalmente, el ejercicio de la facultad contemplada en el inciso 2° del artículo 4° de la ley indicada, de poder comisionar a uno o más Consejeros/as, al Director/a o a su personal, para ingresar a un lugar donde una persona esté o pueda estar privada de libertad.

Definición general

El objetivo del programa es identificar los principales problemas en materia de garantías del debido proceso y tutela efectiva de derechos, identificar casos de violación a los derechos humanos y juicios de alta relevancia pública y establecer mecanismos de observación o veedurías del debido proceso. Asimismo, busca contribuir a la incorporación de estándares internacionales en el sistema de administración de justicia (laboral, familia, penal) y en general frente a los operadores de justicia.

Acciones desarrolladas

Los avances en este Programa se concentraron en la elaboración del Informe Anual 2012 que da cuenta de la situación de los derechos humanos en el país. En términos del seguimiento y defensa de los derechos humanos, se avanzó en la identificación y realización de misiones de observación en juicios emblemáticos, en particular, aquellos relativos a la aplicación de la Ley Antiterrorista a personas pertenecientes a la etnia mapuche (Lautaro, Victoria y Temuco). Respecto a la protección y acceso a la justicia, se continuó con las acciones de asesoría y defensa legal a casos emblemáticos de violaciones a los derechos humanos presentando tres recursos de protección –entre ellos aquellos interpuestos a favor de niños y niñas mapuche y personas en Aysén–; tres recursos de amparo; cuatro querellas, entre las que se cuentan una querella por tortura y otras por trata y tráfico de personas; cinco *amicus curiae,* entre los que se cuentan aquellos presentados en el marco de la expulsión de estudiantes, en un caso de violencia familiar entre personas indígenas y en relación con la expulsión del país de personas

migrantes. Finalmente, se presentó un recurso de inaplicabilidad. Asimismo, se implementó la 2ª fase del Sistema de seguimiento y control del abuso policial, dando origen al Informe Programa de Derechos Humanos y Función Policial, el que fue entregado al Parlamento y al Poder Ejecutivo[7]; así como un plan de seguimiento de condiciones carcelarias y el estudio sobre jurisprudencia de recurso de protección en materia de igualdad y no discriminación.

En lo que respecta a la protección de los derechos humanos y la producción de conocimiento, junto a la elaboración de informes en derecho e informes sobre jurisprudencia en derechos humanos nacional e internacional, se está desarrollando un estudio que busca conocer experiencias internacionales de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos y su relación con el trabajo legislativo. También se trabajó en la sistematización de las recomendaciones internacionales realizadas a Chile en materia de derechos humanos, informe que está en etapa de diagramación para posteriormente ser publicado. Por último, también se realizó la marcha blanca de la medición de indicadores DESC: derecho a la salud y derechos laborales, y se publicó en la página web del INDH la primera parte del informe sobre el proceso de reconstrucción post 27F, que cubre hasta diciembre de 2011.

En materia de atención, registro y derivación de casos, la creciente visibilidad del INDH y su labor ha incrementado la cantidad de personas que acudieron al Instituto para la resolución de problemas e inquietudes de diversa índole. El INDH atendió durante 2012 más de 1.179 solicitudes de la ciudadanía. Al respecto, un número importante de consultas estuvieron asociadas a reclamos contra instituciones públicas, en el ámbito de la Justicia de competencia de los Tribunales Judiciales, Laborales, Civiles y de Familia. El mayor número de reclamos al igual que el año anterior, fue en relación con la falta de una instancia de apelación para aquellas personas que no fueron calificadas por la Comisión Asesora para la Calificación de Casos de Detenidos-Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura. Otro grupo importante de consultas y solicitudes de información estuvieron dirigidas al quehacer del INDH. Dicho interés incluye el deseo de querer trabajar en el INDH, realizar pasantías y ser parte de los y las observadoras de derechos humanos. También se han recibido opiniones que expresan el desacuerdo con la labor institucional y un número importante de denuncias por violencia policial que se incorporan en el Informe Programa de Derechos Humanos y Función Policial.

Hasta octubre de 2012 se recibieron alrededor de 155 solicitudes a través del formulario publicado en nuestra página web y del correo electrónico transparencia@indh.cl, la mayoría referidas a requerimientos de orientación por casos personales de violaciones de diversos derechos y alrededor de un 12% fueron solicitudes de información de carácter público. Además, a través del portal publicado en nuestra página web, se dio cumplimiento a las normas legales y a las instrucciones impartidas por el Consejo para la transparencia en materia de transparencia activa, iniciándose un proceso de actualización que incorpore las buenas prácticas que ha recomendado dicho Consejo.

FORTALECIMIENTO DE LA MEMORIA HISTÓRICA

Marco de obligaciones legales

La implementación de los productos de este programa permitirá dar cumplimiento al imperativo legal previsto en el Art. 3°, N° 9 de la Ley 20.405 de difundir el conocimiento de los derechos humanos y promover la realización de investigaciones, estudios y publicaciones, otorgar premios, patrocinar actos y eventos relativos a estas materias y realizar todo aquello que propenda a consolidar una cultura de respeto a los derechos humanos en el país, pudiendo al efecto celebrar convenios con organismos públicos o privados tanto nacionales como extranjeros. Asimismo, permitirá cumplir con la obligación contemplada en el N° 6 de la ley, de custodiar, guardar en depósito, y preservar los antecedentes reunidos por diversas comisiones creadas para las investigaciones de violaciones a los derechos humanos verificadas en el pasado, debiendo solicitar, recopilar, procesar y sistematizar toda la información útil para estos efectos, como asimismo impulsar, coordinar y difundir acciones de

7 Material disponible en el sitio web institucional o en el link: http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/259

orden cultural y simbólico destinadas a complementar el respeto a los derechos humanos, reivindicar a las víctimas y preservar su memoria histórica.

Definición general

Instalar la memoria histórica como elemento vinculado a la integralidad de los derechos humanos y al cumplimiento de los derechos humanos en el presente así como a contribuir a los procesos de justicia en relación a las graves violaciones a los derechos humanos es lo que busca este programa. En este sentido, le cabe realizar un trabajo de promoción de la memoria sobre las masivas, graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos a partir del análisis y sistematización de los antecedentes de las comisiones de verdad de las que el INDH es custodio.

Acciones desarrolladas

En esta línea se ha avanzado en el diseño de una metodología para la educación en memoria y derechos humanos a partir del trabajo con piezas audiovisuales realizadas desde la perspectiva de los derechos humanos. Ello tanto para la educación formal como para la educación no formal y a través de un proceso participativo de validación con docentes de historia. Durante el primer trimestre de 2013 se realizará el proceso de difusión del material tanto a docentes como a organizaciones de la sociedad civil especializadas. Por otra parte, se ha avanzado en el levantamiento, registro y sistematización de información de víctimas de violaciones a los derechos humanos (microbiografías), dando por resultado una base de datos actualizada, trabajada de manera participativa con la "Corporación Paine un lugar para la memoria" y con la Agrupación de Familiares de detenidos-desaparecidos y ejecutados políticos de Paine. Este material ha sido concebido bajo la idea de rescate y circulación de la memoria y, en ese sentido, no sólo se difunde la historia y biografía de la víctima. Al respecto, se ha realizado una labor de registro de 70 víctimas[8].

Por otra parte, se ha trabajado en el desarrollo de un micrositio web que estará alojado en el sitio institucional del INDH, www.indh.cl, para contribuir al rescate de la memoria de defensores y defensoras en derechos humanos, que contiene reseñas bibliográficas en una amplia gama de categorías así como un conjunto de documentación y herramientas audiovisuales en temas de memoria. Respecto a la producción de conocimiento, en el marco del IV Coloquio Interamericano sobre Educación en Derechos Humanos, realizado los días 6 y 7 de septiembre, se desarrolló una mesa temática denominada "Memorias en América Latina", a la vez que hubo otras mesas temáticas donde se compartieron experiencias sobre educación en temas de memoria en contextos escolares, fundamentalmente a partir de experiencias comparadas. También se desarrolló una "Feria de Recursos Pedagógicos para la Promoción de los Derechos Humanos" donde participaron las organizaciones parte de la Red de Sitios de Memoria. Por último, en materia de seguimiento curricular, todos los informes referentes a estos temas, incluyen revisiones permanentes a los planes curriculares y la inclusión de los temas de memoria.

Respecto a la facultad de depósito y custodia de los antecedentes de las comisiones de verdad y reconciliación, particularmente de las comisiones Valech I y Valech II, contenidas en el artículo 3° N° 6 de la Ley 20.405, un dictamen de la Contraloría General se pronunció radicando en el INDH la atribución de acceder, custodiar y adoptar todas las medidas necesarias para el resguardo de dichos antecedentes[9]. Posteriormente, el INDH realizó gestiones ante el Ministerio del Interior y la Presidencia para obtener el traspaso material de los mencionados antecedentes, el que se encuentra en curso y, paralelamente, se celebró un anexo de convenio de colaboración con la Fundación Museo de la Memoria y los Derechos Humanos, con el objetivo que una vez efectuado el mencionado traspaso, los antecedentes se mantengan en las bodegas de la Fundación, donde actualmente se encuentran.

8 Durante diciembre esta información estará disponible en el sitio web institucional.

9 Dictamen N° 77470 de 12 de diciembre de 2011.

DESARROLLO INSTITUCIONAL

Marco de obligaciones legales

Las acciones que forman parte de este programa apuntan a facilitar el adecuado funcionamiento de la institución, perfeccionado los niveles de gestión y control institucional, favoreciendo la formación de sus funcionarios y, además, cumplir con el mandato legal de promoción de los derechos humanos, haciendo posible el cumplimiento de la obligación, contemplada en el artículo 3° N° 9 de la Ley 20.405, de difundir el conocimiento de los derechos humanos y promover la realización de investigaciones, estudios y publicaciones, otorgar premios, patrocinar actos y eventos relativos a estas materias y realizar todo aquello que propenda a consolidar una cultura de respeto a los derechos humanos en el país, y asimismo permitirá responder al imperativo legal, contenido en el numeral 6° del artículo referido, de solicitar, reunir y procesar el conjunto de la información existente en poder de entes públicos o privados, que diga relación con las violaciones a los derechos humanos o la violencia política a que se refiere el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.

De la misma manera se facilitará el funcionamiento del Consejo Consultivo Nacional, previsto en el artículo 12 de la ley referida, haciendo factible que este órgano brinde la asesoría que el Consejo del INDH requiere en aquellas materias que, para su adecuada resolución, sea necesario el pronunciamiento de la sociedad civil.

Estas acciones permitirán también dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por las normas de la ley sobre acceso a la información pública, en los términos dispuestos por el artículo 5° de la Ley 20.405.

La implementación de las acciones relacionadas con este programa permiten que el INDH cumpla con los estándares internacionales exigidos por los Principios de París, contenidos en el punto 2, del Apartado sobre Composición y garantías de funcionamiento, que establece que la institución nacional debe disponer de una infraestructura apropiada para el buen funcionamiento de sus funciones.

Definición general

Este Programa se orienta a instalar los procedimientos administrativos, presupuestarios y de información requeridos para el óptimo funcionamiento del INDH y la consolidación de su gestión interna. Asimismo, busca implementar políticas de desarrollo institucional, entre las que se cuenta una política de gestión de personas con altos estándares laborales y basada en el principio de igualdad de oportunidades.

Acciones desarrolladas

En materia de consolidación de la gestión interna se trabajó en la creación y puesta en funcionamiento del Consejo Consultivo Nacional, conformando el listado definitivo y realizando su primera reunión en agosto[10] y posteriormente una segunda reunión en septiembre[11]. También en el ámbito de la gestión interna se desarrolló un software que busca, a través de una lógica de "ventanilla única", responder a la ciudadanía de manera oportuna y con una constante mejora en las respuestas. El sistema se encuentra operativo y registra todo tipo de solicitudes provenientes, por cualquier medio (mail, formulario web, fono, presencial), de la ciudadanía. Por otra parte, se encuentra en proceso la elaboración de bases de licitación de la auditoría financiera externa que anualmente realiza el INDH. Asimismo, se encuentra en su etapa final de implementación el Plan informático bianual, destacando la compra de un sistema de gestión documental.

Cabe relevar que la auditoría financiera elaborada en 2011 incorporó un informe complementario de gestión interna donde se presentaron algunas indicaciones a la administración que no guardaban una relación directa con los aspectos de control interno asociados a la Ejecución Presupuestaria, pero que podrían significar mejoras importantes en materias de gestión, que consistieron en implementar sistema de control por oposición en el área de contabilidad y tesorería, realizar una evaluación de riesgo del edificio institucional y mejorar los manuales de procedimiento del área informática. Todos fueron aspectos fueron acogidos realizando

10 El día 21 de agosto el Sr. Jorge Contesse presentó su renuncia al Consejo Consultivo (puesto que había sido elegido Consejero del INDH), asumiendo en su reemplazo el Sr. Leonardo Moreno.

11 El listado de las personas que conforman el Consejo Consultivo se encuentra disponible en el siguiente link: http://www.indh.cl/resena-institucional

redistribución de tareas entre los miembros de la Unidad de Administración y Finanzas, se solicitó un informe de riesgos y puestos de trabajo a la mutual de seguridad, lo que determinó realizar algunas obras menores al edificio y mejorar el estándar de los manuales de Informática.

Respecto de las políticas de desarrollo institucional, se elaboró y el Consejo INDH aprobó en septiembre una política de recursos humanos que busca transmitir en todos los niveles de la organización los principios y valores institucionales. De igual forma se trabajó en el diseño e implementación de un plan de gestión por competencias que busca elaborar los perfiles de cargo por habilidades conductuales y funcionales que conforman el modelo de gestión por competencias para el INDH. Respecto de la capacitación funcionaria, se realizó un diagnóstico en materia de TIC procediendo a su implementación. En términos de planificación, seguimiento y monitoreo, con el fin de garantizar un cumplimiento eficaz de las metas del INDH, se han establecido procedimientos de planificación y monitoreo basados en trabajo de gestión colaborativa alojados en plataformas web (wikis), instancias de intercambio y coordinación (comités técnicos) y software de apoyo a la gestión (reportes ejecutivos, minutas temáticas, entre otros).

Por otra parte, el Consejo INDH aprobó, en junio, la política de publicaciones, la que se encuentra actualmente operativa. Por último, respecto al Centro de Documentación de derechos humanos, se licitó la remodelación y habilitación del CEDOC dando inicio a sus obras. Paralelamente, se diseñó y diagramó la biblioteca digital del INDH, herramienta electrónica que alberga principalmente publicaciones institucionales, además de documentos de académicos/as, investigadores/as, organismos nacionales e internacionales y organizaciones de la sociedad civil, relacionados con los derechos humanos[12].

Cabe señalar que el Consejo del INDH recibe un informe de gestión cada cuatro meses, con la información del estado de los productos (de acuerdo a la planificación inicial aprobada) y de la ejecución presupuestaria.

12 Está abierta para todo público desde el 24 de septiembre de 2012. Se puede acceder directamente en http://bibliotecadigital.indh.cl/ o desde el menú del sitio web INDH en "Biblioteca Digital".

INDH EN REGIONES

Las acciones de promoción y protección de los derechos humanos de las instituciones nacionales deben dirigir su labor a todas las personas que habitan el territorio nacional de acuerdo con lo que señala tanto el artículo 2 de la ley 20.405 como en el Apartado sobre Modalidades de Funcionamiento[13] de los Principios de París, que regulan este tipo de instituciones en el ámbito internacional. Es por ello que, desde sus inicios, una de las preocupaciones del INDH ha sido la de desarrollar su mandato a lo largo de todo el país vinculándose para ello tanto con las autoridades regionales como con las organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos.

A estos estándares y obligaciones se suma el hecho de que en Chile existe un desigual desarrollo del territorio nacional, llevando a grandes inequidades no sólo entre la capital del país y las regiones, sino que también entre ellas, lo que impacta en las condiciones para el ejercicio y la protección de los derechos fundamentales.

El trabajo realizado en 2011 permitió sentar las bases para desplegar el trabajo durante 2012, que tuvo el doble propósito de fortalecer las capacidades de las organizaciones de la sociedad civil para actuar como defensoras de derechos humanos, al tiempo de propiciar acciones de exigibilidad de derechos humanos en los espacios locales. Esto se desarrolló a través de talleres de trabajo. Así, el INDH se abocó primeramente a elaborar un diagnóstico participativo que permitiese a las organizaciones de la sociedad civil relevar los principales problemas de derechos humanos en su región. La idea fue identificar aquellos derechos y grupos que, a juicio de las organizaciones, estuvieran siendo vulnerados, para luego realizar una profundización del diagnóstico en miras a construir una estrategia de exigibilidad.

13 Que dispone condiciones mínimas para el funcionamiento de este tipo de instituciones de defensa y promoción de derechos, señalando en la letra e), que debe contar con los mecanismos, para poder establecer grupos de trabajo, cada vez que sea necesario, así como secciones locales o regionales para facilitar el desempeño de su trabajo, y en la letra g), por su parte, que debe establecer relaciones con organizaciones no gubernamentales que se ocupen de la protección y promoción de los derechos humanos, el desarrollo económico y social, la luchas contra el racismo y la protección de grupos vulnerables, en particular niños, trabajadores migrantes, refugiados y personas con discapacidades físicas y mentales.

Durante el año se desplegó esta estrategia en siete regiones del país: Región de Tarapacá, Región de Atacama, Región de Coquimbo, Región de Valparaíso, Región del Maule, Región de los Ríos y Región de Los Lagos. A estas regiones se suma el trabajo de diálogo realizado con organizaciones en la Región de O'Higgins y al realizado, durante 2011, en la Región de Arica y Parinacota, Región de Antofagasta, Región del Biobío y Región de La Araucanía[14].

Las 124 organizaciones participantes de los talleres, que si bien no representan la totalidad de organizaciones sociales regionales sí reflejan una pluralidad de grupos y temas importantes para las regiones, relevaron un extenso conjunto de problemas regionales en materia de derechos humanos. Por ejemplo, en la Región del Maule, las organizaciones centraron el diagnóstico en el proceso de reconstrucción posterremoto y los impactos que ello tenía desde la perspectiva de derechos. Las organizaciones de la Región de Tarapacá, por su parte, se concentraron en torno a la discriminación e invisibilización de las diversidades sexuales en las políticas públicas regionales. En la Región de los Ríos, el foco prioritario mencionado por las organizaciones estuvo puesto en los conflictos socioambientales; mientras que en la Región de Coquimbo el foco se centró en la desigualdad en el acceso y calidad del trabajo. En el caso de la Región de Valparaíso, el trabajo de las organizaciones se organizó en torno a los derechos de participación; en la Región de Atacama en torno a los derechos de agua y en la Región de Los Lagos las organizaciones se enfocaron en los derechos de niños, niñas y adolescentes. Además de estos temas relevados como principales por las organizaciones, surgieron otros que si bien no eran transversalmente identificados por todas las organizaciones, también eran relevantes para parte importante de éstas. Entre otros, fueron mencionados problemas vinculados al derecho a la salud, a la libertad de expresión, la participación ciudadana y el derecho a la manifestación. En lo relativo al trabajo en la Región Metropolitana, éste consiste en reuniones y visitas regulares tanto con las organizaciones de la sociedad civil del registro como con aquellas que no están en él.

14 Para el primer trimestre de 2013 se proyecta ampliar lo realizado a la Región de Aysén y Región de Magallanes.

En una segunda parte del proceso se realizaron jornadas de formación con la idea de transferir a las organizaciones de la sociedad civil competencias y conocimientos a través de talleres especializados en cada región. Estos talleres estuvieron orientados a facilitar herramientas para la exigibilidad de derechos, abordando contenidos como el diseño de una estrategia integral de incidencia política, la aplicación de mecanismos judiciales y administrativos para la defensa de derechos; la producción de información para la incidencia pública; la gestión en comunicaciones y el trabajo con los medios.

FORTALECIMIENTO DE REDES Y ORGANIZACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Apoyo y difusión a las actividades de las organizaciones de la sociedad civil

El INDH brinda patrocinio a proyectos o actividades de las organizaciones, como parte del trabajo de reforzamiento de éstas, en la medida en que se refirieran siempre y de manera explícita a la protección, promoción y defensa de los derechos humanos. Este respaldo no involucra el desembolso de recursos económicos de parte del INDH. Durante 2012, el INDH ha otorgado 11 patrocinios para el apoyo de actividades como seminarios y talleres hasta concursos y grupos de investigación[15].

Por otra parte, el INDH ha difundido material de educación y promoción de los derechos humanos a lo largo de todo Chile. La focalización y difusión de este material institucional ha considerado la diversidad de las organizaciones, que han sido claves para llegar a un amplio público a la vez que garantizar su pertinencia. Entre otros, se han enviado libros y cedés del Informe Anual de los Derechos Humanos en Chile 2010 y 2011 y un amplio conjunto de cartillas informativas, las que han sido trabajadas no sólo en español, sino que en aymara y mapudungun. También se han desarrollado cartillas en sistema braille. De este modo, se difundieron a lo largo de todo Chile cartillas específicas, dependiendo de la pertinencia regional y del

15 Actualizado al 11 de octubre

tejido asociativo: Cartilla Defensores de DDHH; Cartilla Los Derechos Humanos son exigibles; Cartilla El Derecho de Manifestarse en Paz; Cartilla Participación Ciudadana (voto); Cartilla Derecho a la participación de los pueblos indígenas (en español, aymara y mapudungun); Cartilla Derechos territoriales de los pueblos indígenas (en español, aymara y mapudungun); Cartilla Derecho a educación para personas con necesidades especiales/discapacidades (en español y braille); Cartilla Derecho a la participación de las personas con necesidades especiales/discapacidades en la gestión pública (en español y braille); Cartilla Derecho a participación social sin discriminación (en español y braille); Cartilla Derecho a protección de refugiados y refugiadas; Cartilla Derecho a la salud de la población migrante y, por último, Cartilla Derecho a educación de niñas, niños y jóvenes migrantes[16].

Ampliación del Registro de Instituciones vinculadas a la defensa y promoción de los derechos humanos

El INDH ha trabajado en la diversificación y ampliación del registro de instituciones vinculadas a la defensa y promoción de los derechos humanos que establece la ley[17], con el objetivo de que este reflejara la variedad de organizaciones y temáticas que incorpora la agenda de derechos humanos hoy, además de las preocupaciones históricas en relación con las violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas durante la dictadura. En efecto, las nuevas organizaciones, en general, corresponden a temas de mujeres, discapacidad, migración, derecho de pueblos indígenas, diversidad sexual y participación ciudadana.

Durante este año aumentó el número de organizaciones inscritas, pasando de 37 a 53. Del mismo modo, se ha incrementado el número de organizaciones de regiones inscritas en él: eran 8 en 2011 y son 15 organizaciones en 2012.

16 Disponibles en el siguiente link: http://bibliotecadigital.indh.cl/search?query=cartillas&submit=Ir

17 La Ley 20.405, que rige al INDH establece la existencia de un registro de instituciones vinculadas a la defensa y promoción de los derechos humanos, que el INDH debe mantener actualizado.

FUNCIONAMIENTO DEL INDH

Consejo del INDH

De acuerdo con lo establecido en la Ley 20.405, el Consejo del INDH es la instancia de dirección superior de la institución. Para el desarrollo de sus tareas, hasta octubre de 2012 se realizaron 43 sesiones de trabajo[18], y se constituyó una comisión interna de Desarrollo Territorial y Derechos Humanos[19], la que se suma a las tres comisiones internas de trabajo constituidas en 2011: Comisión sobre situación carcelaria, Comisión sobre pueblos indígenas y Comisión sobre reglamentos. Asimismo, en el marco de sus atribuciones legales, el Consejo del INDH aprobó este año el Reglamento del funcionamiento del Consejo Consultivo Nacional[20].

En cuanto a la conformación del Consejo, este año tuvieron lugar dos cambios. Por una parte, en enero, el Senado de la República nombró a Carolina Carrera Ferrer en reemplazo de la renunciada Consejera Pamela Pereira Fernández; por otro, en agosto, las facultades y escuelas de derecho de las universidades que forman parte del CRUCH así como de las universidades autónomas, eligieron a Jorge Contesse Singh en reemplazo del renunciado Consejero Eugenio Díaz Corvalán[21].

Por su parte, se aprobaron un conjunto de declaraciones y resoluciones sobre diversos temas atinentes a la labor del INDH[22], tales como:

- Declaración Pública: INDH expresa su preocupación ante la invocación de la Ley de Seguridad del Estado. (16/03/2012)

18 Todas las actas del Consejo están disponibles en el sitio web institucional o en el siguiente link: http://www.indh.cl/sitio_transparencia/actasdelconsejo.php

19 En la Sesión 090 de fecha 26 de marzo de 2012 se constituyó la comisión de desarrollo territorial y derechos humanos.

20 Disponible en el sitio web institucional o en el siguiente link: http://www.indh.cl/sitio_transparencia/docs/reglamento-348.pdf. Además el listado de personas que componen el Consejo Consultivo está disponible en: http://www.indh.cl/resena-institucional

21 Al respecto, el 13 de marzo de 2012 el Consejo elaboró una Declaración Pública informando a la ciudadanía sobre la renuncia del consejero Eugenio Díaz Corvalán. La Declaración está disponible en: http://www.indh.cl/declaracion-publica-consejo-del-indh-informa-a-la-ciudadania-renuncia-de-eugenio-diaz-corvalan

22 Disponibles en el sitio web institucional, sección "noticias".

- Instituto Nacional de Derechos Humanos valora aprobación de la Ley Antidiscriminación. (10/05/2012)
- Declaración Pública del INDH respecto de la inclusión de personas detenidas desaparecidas en el Registro Electoral. (24/05/2012)
- Declaración Pública: Instituto Nacional de Derechos Humanos rechaza homenaje a dictador Augusto Pinochet. (09/06/2012)
- Declaración Pública del Consejo del INDH aclara contenido del documento "Radiografía al Instituto Nacional de Derechos Humanos". (28/06/2012)
- Declaración Pública del Consejo del INDH frente a hechos de violencia en el marco de la convocatoria de marcha en el día de hoy. (08/08/2012)
- Declaración Pública del Consejo del INDH sobre violencia policial contra estudiantes. (28/08/2012)

Comunicación y difusión

Una de las labores del INDH dice relación con el mandato de promoción y educación de los derechos humanos, en cuyo marco la comunicación y difusión del INDH y las tareas que realiza, resultan esenciales. Asimismo, el mandato de promoción y educación en derechos humanos releva la importancia de comunicar a la ciudadanía la amplia gama de derechos humanos existentes, entregando herramientas para su exigibilidad.

En este ámbito se desarrolló un conjunto de acciones para visibilizar tanto la labor del INDH como los derechos humanos en general. En primer lugar, en el período informado, se emitieron 126 comunicados de prensa, 9 declaraciones públicas del Consejo del INDH, 12 columnas de opinión y un centenar de notas relativas a los derechos humanos, publicadas en el sitio web www.indh.cl.

Paralelamente se desarrolló una línea audiovisual, elaborando 18 videos sobre derechos humanos donde figuras públicas nacionales del ámbito artístico, académico y de organizaciones de derechos humanos entregaron su visión sobre los derechos humanos en Chile y el trabajo del INDH. Además, académicos internacionales, de visita en el país, se refirieron a diferentes ámbitos y temáticas de los derechos humanos. Por último, también se realizaron videos dirigidos a la sociedad civil y producciones audiovisuales de promoción del Premio Nacional de Derechos Humanos. Todos estos trabajos arrojaron en conjunto un total de 10.301 reproducciones en el canal institucional en la red YouTube.

En cuanto a la estrategia digital, el sitio web www.indh.cl registró, entre el 1 de noviembre de 2011 y el 31 de octubre de 2012, un total de 135.381 visitas con 288.920 páginas vistas, de las cuales 110.114 han sido efectuadas desde el territorio nacional. De esta última cifra, 81.873 entradas corresponden a la Región Metropolitana y 28.241 a las demás regiones de Chile. Adjuntamente, la página en la red social Facebook del INDH registra al día 31 de octubre de 2012 un total de 4.055 seguidores/as, incrementándose este número –en el mismo periodo citado– en 2.318 seguidores/as. Por su parte, la cuenta del INDH en Twitter tiene a la fecha de cierre de este informe 6.969 usuarios/as aumentando el número de estos/estas durante el periodo medido en 4.168.

Otro hito importante lo constituye la firma del convenio con Radio Uno, convirtiéndose este medio en socio estratégico del INDH. Así se difundieron las actividades del Instituto alcanzando su difusión un total de 25.904 potenciales auditores/as al día. También a partir del segundo semestre se impulsó la segunda etapa de la campaña #Yomedeclaro, cuya vía de difusión fueron las redes sociales, recibiéndose un total de 670 fotos de personas que se declararon defensoras de los derechos humanos. Este muro (gigantografía) fue instalado, en diversos lugares públicos de la ciudad: Centro Cultural Estación Mapocho (14/11), Parque por la Paz Villa Grimaldi (14/11), Museo de la Memoria y los Derechos Humanos (20/11) y Centro Gabriela Mistral (10/12).

Finalmente, desde el 25 de octubre, el INDH contó con un stand en la Feria Internacional del Libro de Santiago 2012, espacio donde el objetivo fue cumplir el mandato institucional de promoción de los derechos humanos en Chile, por medio de la entrega de material informativo a un público estimativo de 260.000 visitantes.

Política de convenios de colaboración e intercambio

Durante el año se ha desplegado un esfuerzo por ampliar la colaboración con instituciones estatales, universidades y organizaciones de la sociedad civil, relaciones que resultan fundamentales para el trabajo que realizan las unidades del INDH. A través de una política descentralizada y amplia desde la perspectiva temática se han realizado los siguientes convenios de colaboración e intercambio:

CUADRO: CONVENIOS DE COLABORACIÓN E INTERCAMBIOS

CONTRAPARTE	TIPO/MATERIA CONVENIO
U. de Atacama	Marco Colaboración
U. Católica del Norte	Marco Colaboración
U. de Antofagasta	Marco Colaboración
U. de Talca	Anexo Actividades Región
U. Católica de Valparaíso	Marco Colaboración
U. de Valparaíso	Marco Colaboración-Extensión Regional
U. de Playa Ancha	Marco Colaboración
U. de Concepción	Marco Colaboración-Acciones Regionales
U. de La Frontera	Marco Cooperación-Acciones Regionales
U. del Bío-Bío	Marco Colaboración
U. Austral	Marco Cooperación-Acciones Regionales
U. Católica Raúl Silva Henríquez	Anexo Clínicas Jurídicas
	Marco Colaboración
Facultad Derecho U. de Chile	Anexo Congreso Estudiantes DDHH
U. Arcis	Marco Colaboración
	Anexo Diplomado y Publicación
U. Diego Portales	Anexos: Ambiental, Violencia Policial, Política de Reparación, Situación Carcelaria, Política Criminal, Talleres Regionales, Violencia Policial Pueblo Mapuche
Facultad de Filosofía-U. Alberto Hurtado	Anexo Fichas Bibliográficas defensores DDHH
Facultad de Economía-U. Alberto Hurtado	Anexo Sistematización
U. Central	Anexo Pasantías
U. de Quilmes, Argentina	Marco Colaboración
Senadis	Marco Colaboración
Sernam	Marco Colaboración

CONTRAPARTE	TIPO/MATERIA CONVENIO
Senama	Marco Colaboración
Servicio de Evaluación Ambiental*	Marco Colaboración
Programa DDHH Ministerio del Interior	Marco Colaboración
Comisión de derechos Humanos del Distrito Federal, México	Marco Colaboración
Unicef	Marco Colaboración
Instituto Politicas Publicas DDHH Mercosur	Marco Colaboración
Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México	Marco Colaboración
Corporación Asistencia Judicial	Marco Colaboración
Fiscalía Nacional	Marco Colaboración
Fundación Iguales	Marco Colaboración
Sur Maule	Marco Colaboración
Fundación Chile	Marco Colaboración
	Anexo Portal Educativo
Museo de La Memoria y Los Derechos Humanos	Anexo depósito Documentos
	Anexo Microbiografías de Paine
Agrupación de Paine - Corporación Paine Lugar para Memoria	Marco Colaboración
Ong Movilh	Marco Colaboración
Ong desarrollo para la Innovacion y Ciudadanía	Implementación Proyecto UE
Corporación Corresponsales Prensa Internacional	Marco Colaboración
Radio Uno	Marco Colaboración

* En tramitación

PROYECTOS FINANCIADOS POR LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL[23]

Proyecto Violencia policial hacia el Pueblo Mapuche en Chile: este proyecto se encuentra actualmente en ejecución en su primera etapa, y es financiado por la Fundación Ford. Sus objetivos principales son: conocer y problematizar la percepción y opinión respecto a la noción de orden público de los tomadores de decisiones en este ámbito; sistematizar y documentar cómo opera la violencia institucional contra el pueblo mapuche en la región de La Araucanía y su impacto en la vida de las personas; difundir los resultados del análisis de forma amplia y masiva.

Proyecto Agendas Regionales de derechos humanos en Chile: este proyecto se encuentra actualmente en ejecución en su segunda etapa. Es un proyecto financiado por la Unión Europea, cuyos objetivos principales son: fortalecer capacidades de la sociedad civil para actuar como defensores y defensoras de derechos humanos, así como propiciar acciones de exigibilidad de derechos humanos en los espacios locales.

Proyecto Acceso a la justicia para grupos en situación de vulnerabilidad de sus derechos en Chile: mujeres y privados/as de libertad: este proyecto se encuentra actualmente en ejecución. Es un proyecto del cual el INDH es socio y cuyo objetivo específico es fortalecer las capacidades del Estado chileno para garantizar el derecho de acceso a la justicia de privados/as de libertad y mujeres indígenas.

23 Para mayor detalle ver sección Ejecución Presupuestaria letra c) Donaciones y aportes de la cooperación internacional.

EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA AL 30 DE OCTUBRE DE 2012

Desde enero a octubre de 2012, el presupuesto del INDH ha tenido un comportamiento diferenciado, incrementándose progresivamente a medida que se concretaban los convenios para la representación regional. Desde mayo comenzó a crecer en forma sostenida el gasto en bienes y servicios que responde a la consolidación de los aspectos físicos y logísticos de la institución y la contratación de estudios e investigaciones, lo que corresponde al cumplimiento de los objetivos estratégicos y metas definidas para el año.

CUADRO: EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA AL 30/10/12

PRESUPUESTO	PRESUPUESTO	EJECUCIÓN ($)	% DE EJECUCIÓN
Gastos	1.902.015.000	1.244.574.278	65,45%
Gastos en personal	1.139.170.000	940.583.838	82,57%
Remuneración código del trabajo	931.099.280	811.072.920	87,1%
Comisiones de servicio	35.325.015	28.129.350	79,6%
Honorarios a suma alzada	102.745.705	58.237.080	56,7%
Dietas de consejeros	70.000.000	43.144.488	61,63%
Bienes y servicios de consumo	596.025.000	239.219.021	40,1%
Gastos para funcionamiento	283.339.934	145.628.976	51,4%
Publicidad y difusión	81.339.934	20.576.283	25,3%
Servicios técnicos y profesionales	231.354.590	73.013.762	31,6%
Transferencias corrientes	105.524.000	33.102.481	31,4%
Adquisición de activos no financieros	60.796.000	31.668.938	52,1%
Mobiliario y otros	6.168.000	1.947.538	31,6%
Máquinas y equipos	9.500.000	1.540.186	16,2%
Equipos informáticos	22.128.000	18.871.605	85,3%
Programas informáticos	23.000.000	9.309.609	40,5%

Sistema de compras públicas

El porcentaje de compras realizadas por el Sistema de Mercado Público a la fecha es de 100%. El 81,2 % de las compras es realizado por licitaciones directas e indirectas; seguido por los tratos directos en un 12,5% y los convenios con Universidades reconocidas por el Estado en un 6%.

CUADRO: COMPRAS PÚBLICAS AL 30/10/12

TIPO DE COMPRA	MONTO ($) DE OPERACIONES	N° OPERACIONES	% POR MONTO
Convenio Marco	110.826.567	315	46,8%
Licitaciones Públicas	81.557.778	23	34,4%
Convenios con Universidades	14.221.666	4	6,0%
Trato Directo por Art. 10	8.031.920	11	3,0%
Trato Directo Gasto Representación	4.239.016	7	1,8%
Trato Directo menos 10 UTM	2.744.099	10	1,2%
Trato Directo por mayor costo de evaluación	6.418.072	7	2,7%
Trato Directo Proveedor único	4.300.397	7	1,8%
Trato Directo por Servicios Conexos	4.721.026	4	2,0%
Subtotal gastos vía mercado público	237.060.541	388	100%
Transferencias	33.102.481	6	
Gastos menores	14.699.332	64	
Gastos Básicos y Arriendos	15.644.667	48	
Reembolso pasajes y permisos de circulación	3.483.419	67	
Gasto en Personal	940.583.838	0	
TOTAL GASTO	1.244.574.278	573	

Donaciones y aportes de la cooperación internacional

De acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley N° 20.405, el patrimonio del INDH está formado, entre otras fuentes, por:

- Las donaciones, incluidas las del artículo 3° de la ley N° 19.992, herencias y legados que el Consejo del INDH acepte.
- Los aportes de la cooperación internacional que reciba a cualquier título para el cumplimiento de sus objetivos.

Hasta el momento el INDH no ha recibido ninguna donación, herencia o legado y ha gestionado los siguientes fondos de parte de organismos internacionales, cuyos montos se irán recibiendo de acuerdo a lo establecido en los respectivos proyectos:

CUADRO: DONACIONES Y APORTES DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL

INSTITUCIÓN	MATERIA	PERÍODO	MONTO TOTAL EN MONEDA ORIGINAL	MONTO EN PESOS RECIBIDO 2012
Unión Europea	Ejecución de la acción "Agendas Regionales de Derechos Humanos en Chile" en seis regiones de Chile: Tarapacá, Coquimbo, Valparaíso, Maule, Los Ríos y Los Lagos para: • Fortalecer capacidades de la sociedad civil local para actuar como defensores de derechos humanos a nivel regional. • Propiciar acciones de exigibilidad de derechos humanos en los espacios locales	2/01/2012 al 2/07/2013	€ 130.000	$ 52.232.773
Universidad de Chile/ Unión Europea	Fortalecer las capacidades del Estado chileno para garantizar el derecho de acceso a la justicia de privados/as de libertad y mujeres indígenas	19/07/2012 al 30/08/2013	€ 10.221,46	$ 4.199.139
Fundación Ford	Violencia policial hacia el pueblo mapuche: orden, violencia y derechos en juego	2/05/2012 al 2/11/2013	US$ 90.000	$ 29.510.160

AGRADECIMIENTOS

El INDH quiere agradecer a aquellas personas que han contribuido a la elaboración de este informe:

María Pía Martin Münchmeyer, Paola Vasconi Reca,
Fernando Jiménez Cavieres, Fanny Berlagoscky Mora, Tricia Mardones

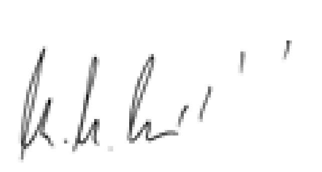
También agradece a las organizaciones no gubernamentales, sociales y de víctimas de violaciones a los derechos humanos, por la información entregada.

CONSEJO INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS



Lorena Fries Monleón
Directora Instituto Nacional de Derechos Humanos





Miguel Luis Amunátegui Monckeberg

Claudio González Urbina

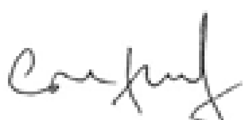




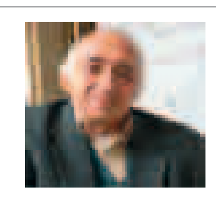
Carolina Carrera Ferrer

Luis Hermosilla Osorio





Jorge Contesse Singh



Enrique Núñez Aranda





Sergio Fuenzalida Bascuñán





Manuel Núñez Poblete



Roberto Garretón Merino





María Luisa Sepúlveda Edwards